الفقه

آية الله العظمى

السيد محمد الحسيني الشيرازي

دام ظله

كتاب الضمان والحوالة

دار العلوم

بيروت - لبنان

الشيرازي

الفقه

٥١

الضمان والحوالة

دار العلوم

الفِقْهُ

الجزءُ الحَادِي وَالخَمْسُون

الطبعة الثانية

١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م

منقحة ومصححة مع تخريج المصادر

دار العلوم للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع

العنوان: حارة حريك - بئر العبد - مقابل البنك اللبناني الفرنسي

ص.ب ٦٠٨٠ شوران تلفون: ٨٢١٢٧٤ بيروت - لبنان

الفقه

موسوعة استدلالية في الفقه الإسلامي

آية الله العظمى
السيد محمد الحسيني الشيرازي
"دام ظله"

كتاب
الضمان - الحوالة

دار العلوم
للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

كتاب الضمان

وهو من الضمن

كتاب الضمان

الكتاب بمعنى الجمع ، ولذا يقال لمجموعة من المسائل المدونة كتاب فالمراد المسائل المدونة في باب الضمان .

(وهو من الضمن) كما في المسالك وغيره ، لانه يجعل ما في ذمة انسان من المال في ضمن ذمة اخرى ·

قال في الجواهر : أولان ذمة الضامن تتضمن الحق ، فالنون فيه أصلية ، فعلى الاول : يكون الملحوظ المظروف ، وعلى الثاني : الظرف ، فان الذمة تتضمن المال .

أما هل قيل له الضمان بملاحظة الذمة أو بملاحظة المال ؟ احتمالان .

أما قول المستمسك في رد المسالك في كونه عندنا مشتقاً من الضمن خفاء ، فمن الجائزأن يكون الضمن مشتقاً منه . فلم يظهر وجهه ، اذ الاصل اشتقاق ذي الزائد من غيره لا بالعكس و لاشك ان الضمان أزيد حرفاً من الضمن .

لانـه موجب لتضمن ذمة الضامن للمال الذى على المضمون عنـه للمضمون له فالنون فيه أصلية كما يشهد له سائر تصرفاته من الماضى والمستقبل وغيرهما وما قيل من احتمال كونه من الضم فيكون النون زائدة واضح الفساد اذ مع منافاته لسائر مشتقاته

(لانه موجب لتضمن ذمة الضامن للمال الذي على المضمون عنه للمضمون له فالنون فيه أصلية) كما قاله المسالك والجواهر وغيرهما: مثل الرهان والدهان وغيرهما من الرهن والدهن (كما يشهد له سائر تصرفاته) الذي بمعناه (من الماضى) فيقال: ضمنه (والمستقبل) فيقال : يضمنه (وغيرهما) فيقال : اضمنه ، ولا يقال ضمه و يضمه و ضمه ، فليس مثل الجنان و العنان من جن و عن و هكذا .

(وما قيل) والقائل به أكثر العامة .

قال فى المسالك : أنهم قالوا ان الضمان غير ناقل ، و انمـا يفيد اشتراك الذمتين لاشتقاقه من الضم والنون فيه زائدة ، لانه ضم ذمة الى ذمة اخرى فيتخير المضمون له فى المطالبة .

(من احتمال كونه من الضم فيكون النون زائدة) بخلافه على ماذكرنـاه (واضح الفساد اذ مع منافاته لسائر مشتقاته) كما عرفت ، وذلك دليل على عدم اشتقاق أحدهما من الاخر، اذ اللفظة الزائدة في كلمة لاتدور في سائر المشتقات مع انا نرى دوران النون في المقام، والاشتقاق الكبير لايدل على وحدة المعنى فقول المستمسك: اللهم الاان يكون المراد الاشتقاق الكبير محل نظر.

لازمه كون الميم مشددة وله اطلاقان اطلاق بالمعنى الاعم الشامل للحوالةوالكفالة أيضاًفيكون بمعنىالتعهد بالمال أوالنفس واطلاق بالمعنىالاخص وهوالتعهد بالمال عيناً أومنفعة أوعملا

(لازمه كون الميم مشددة) لما في أصله ، فان الضمان بتخفيف الميم بينما ضم بتشديد الميم، لكن لايخفى ان هذا ليس دليلا لكثرة الحذف والتبديل في الحروف الاصلية، نعم الاصل عدمهما .

(وله) أي للضمان (اطلاقان اطلاق بالمعنىالاعم الشامل للحوالة والكفالة أيضاً) فيقال: ضمنه اذا قبل حوالته، كما يقال: ضمنه اذا كفله ، كما يشمل معنى ثالثاً وهو تعهد انه ان لم يدفع دفع عنه ممالاينقل الذمة (فيكون بمعنى التعهد بالمال أوالنفس) ومعنى تعهد المال ان يعطيه وتعهد النفس ان يحضرها، واذا لم يحضرها تحمل الخسارة، لكنه فيالشريعة لايتحمل الحبس والجلدونحوهما بينما عند بعض الناس قديماً وحديثاً يتحملها أيضاً ، فاذا لم يحضر مستحق القتل قتل بدله .

(واطلاق بالمعنىالاخص وهوالتعهد بالمال عيناً) بأنيعطى عينه (أومنفعة) بأن يعطى بدل منفعته اذا لم يسلم المؤجر الدار الى الاجير ـ مثلا ـ .

(أو عملا) بأن يعطي قيمة العمل ، كما اذا استأجر الاجير فضمن الضامن عمله، فاذا لم يعمل اعطاه قيمة العمل مثلا .

والظاهر ان الاول : معنى لغوى يستعمله العرف العام أيضاً .

أماالثاني: فهواصطلاح فقهي، فالمراد بالضمان المقسم في كلام المصنف أعم منهما ، وكلاهما حقيقة فلامجاز في البين .

وهو المقصود من هذا الفصل ويشترط فيه امور :

أحدها: الايجاب ويكفى فيه كل لفظ دال بل يكفى الفعل الدال ولو بضميمة القرائن على التعهد والالتزام بما على غيره من المال.

الثاني : القبول من المضمون له

وبذلك يظهر لك وجه النظر في كلام جملة منهم (وهو المقصود من هذا الفصل) ولذا عرفه محكى المبسوط والوسيلة بأنه اثبات مال فى الذمة بعقد .

أقول : وسيأتى الكلام فى صحة المعاطاة فيه، فالمراد بالعقد، أما الاعم ، أوعلى سبيل المثال، أو هو عند من لايرى المعاطاة فيه .

(ويشترط فيه امور :)

(أحدها: الايجاب ويكفي فيه كل لفظ دال) أما اشتراط الايجاب فلانه حتى يتحقق العقد وبدون ذلك لايكون عقد حتى يكون وفاءبه، وأما كفاية كل لفظ فلاطلاق دليل العقد ودليل الضمان بعدعدم دليل على الخصوصية، ولذا قال: (بل يكفي الفعل الدال ولو) كانت الدلالة (بضميمة القرائن) الحالية أو المقاليـة الدالة (على التعهد والالتزام بما على غيره من المال) فان الفعل لـه الدلالة بواسطة القرائن على انشاء العنوان، فيشمله الدليل ، كما اذاسأل الدائن من يضمن الداين فأشار الضامن برأسه بالايجاب .

ومنه يظهر، صحة ذلك بالكتابة كما ذكره بعض المعلقين، أما قول السيدين البروجردى والجمال، واللفظ للاول لووجد فعل دال على ذلك على حد دلالة الالفاظ الدالة عليه ، لكن الظاهر انه مجرد فرض، وتبعه بعض آخر ، فلم يظهر وجهه ، ولذا سكت على المتن السيد ابن العم، وأيده السيد الحكيم .

(الثاني : القبول من المضمون له) اذ ليس الضمـان من الايقاعات عرفاً

ويكفي فيه أيضاً كل مادل على ذلك من قول أوفعل وعلى هذايكون من العقود المفتقرة الى الايجاب والقبول كذا ذكروه ولكن لايبعد دعوى عدم اشتراط القبول على حد سائر العقود اللازمة بل يكفي رضى المضمون له سابقاً أو لاحقاً كما عن الايضاح والاردبيلي

حتى يكون امضاء الشارع للضمان موجباً لكفاية الايجاب، بل هو من العقود فاللازم فيه القبول ، هذا بالاضافة الى ان صحة ذلك بدون قبول المضمون له تصرف في أموال الناس وهو خلاف الناس مسلطون على أموالهم، الذي (١) دل عليه النص والفتوى .

(ويكفي فيه أيضاً كل مادل على ذلك من قول أوفعل) لما تقدم في الايجاب وقد سبق في بعض المباحث مايفيد انه لادليل على كون الضامن موجباً والمضمون له قابلا ، بل يمكن العكس .

(وعلى هذا يكون من العقود المفتقرة الى الايجاب والقبول كذا ذكروه) المحققان والعلامة والشهيدان وغيرهم، بل عن جامع المقاصد ان الضمان عقد اجماعاً .

(ولكن لايبعد دعوى عدم اشتراط القبول على حد سائر العقود اللازمة) أو الجائزة كالمضاربة .

(بل يكفي رضى المضمون له سابقاً) على الضمان (أو لاحقاً) أو مقارناً ، اذ لاخصوصية للسابق واللاحق (كما عن الايضاح والاردبيلي) اختياره ، بل

---

(١) البحار : ج ٢ ص ٢٧٣ .

يظهر من الشيخ في الخلاف عدم لزوم رضى المضمون له فضلا عن قبوله ، واحتج على ذلك بضمان أمير المؤمنين عليه السلام[١]، وأبي قتادة دين الميت[٢]، ولم يسأل النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن رضى المضمون اه .

أقول : وقد أوردهما في الخلاف .

وروى درر اللئالي ـ كما في المستدرك ـ عن جابر بن عبد الله ان النبى صلى الله عليه وآله وسلم كان لايصلى على رجل عليه دين فأتى بجنازة فقال صلى الله عليه وآله وسلم: على صاحبكم دين، فقالوا : نعم ديناران ، فقال(ص) صلوا على صاحبكم فقال أبوقتادة : هما علي يارسول الله ؟ قال : فصلى عليه، قال : فلما فتح الله على رسوله قال : انا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، فمن ترك مالا فلورثته ، ومن ترك ديناً فعلي[٣].

وروي أيضاً، عن أبى سعيد الخدرى قال :كنا مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى جنازة فلما وضعت ، قال صلى الله عليه وآله وسلم : هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا: نعم، درهمان، فقال صلى الله عليه وآله وسلم: صلوا على صاحبكم، فقال علي عليه السلام: هما علي يارسول الله ، وأنا لهما ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فصلى عليه ، ثم أقبل على علي عليه

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥١ الباب ٣ من أبواب أحكام الضمان ح ٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥١ الباب ٣ من أبواب أحكام الضمان ح ٣ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥١ الباب ٣ من أبواب الضمان ح ٣ والمستدرك ج ٤ ص ٤٩٨ الباب ٣ في أحكام الضمان .

السلام فقال : جزاك الله عن الاسلام خيراً ، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك .(١)

وعن الغوالى روايتهما باجمال .(٢)

وفي رواية معاوية بن وهب التى رواها الوسائل ، عن الكافى ، قال : قلت لابىعبدالله عليه السلام: ذكرلنا ان رجلا من الانصار مات ، وعليه ديناران فلم يصل عليه النبى صلى الله عليه وآله وسلم ، وقال : صلوا على صاحبكم حتى ضمنهما بعض قرابته، فقال أبوعبدالله عليه السلام : ذلك الحق ـ الحديث .(٣)

ومثله رواية الصدوق والشيخ .(٤)

و قد استدل الجواهر على الرضا بوقوع الضمان ، بأنه يدل على وقوع الرضا باعتبار ان الضمان عقد مؤلف من الايجاب والقبول، فالاخبار عنهاخبار عنه .

أقول: كما انه لو قال : وقع النكاح ، أو البيع ، دل على الرضامن جانب القابل، لكن فيهان احتياج الضمان الى الرضا أول الكلام، فالاستدلال بالضمان عليه أشبه بالمصادرة، اللهم الا ان يقال : ان الجواهراستند في ذلك الى صحيح

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٤٩٨ الباب ٣ من أبواب الضمان . . . ح ٣ وأيضاً الوسائل ج ١٣ ص ١٥١ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ٤٩٧ الباب ٢ من أبواب الضمان ح ٣ .

(٣) الفروع : ج ١ ص ٣٥٣ ، الفقه ج ٣ ص ٥٩ ، التهذيب ج ٣ ص ٥٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٥٠ الباب ٢ في الضمان . . . ح ٢ .

(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٠ الباب ٣ من أبواب الضامن ح ١ .

عبد الله بن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، في الرجل يموت و عليه دين فيضمنه ضامن للغرماء ، فقال عليه السلام : اذا رضى به الغرماء فقدبرئت ذمة الميت .(١)

فانه يدل على ان لاضمان الا بالرضا من الغريم ، لانه ضمان، لكن بدون الرضا حتى يؤيد استدلال الشيخ فما في المستمسك من ان ظاهر اشتراط الرضا في الجواب ، انه أمر زائد على الضمان ، وانه يتحقق ، وان لم يرض المضمون له . وعلى هذا، فوقوع الضمان لايدل على الرضا ولاعلى القبول، غير ظاهر الوجه، فان المتفاهم عرفاًمن مثل هذا الشرط انهمن باب تحقق الموضوع فهو مثل ان يقال : ما تقول : في من تزوج امرأة ؟ فقال : اذا رضيت لابأس و نحوه شائع .

أما ما ذكره المستمسك ، من ان عدم سؤال الرسول صلى الله عليه وآله وسلم عن رضى المضمون له فيه ان عدم السؤال أعم من عدم اعتبار الرضا كما هو ظاهر ، اذ من الجائز اطلاعه صلى الله عليه و آله و سلم على حصول الرضا فلم يسأل عنه ، ولذلك قيل انه قضية في واقعة لاعموم فيها .

ففيه : ان المنصرف من الروايتين عدم حضور الدائن ، فهما مثل مارواه الكليني ، عن فضيل وعبيد ، عن أبى عبد الله عليه السلام قال : لما حضر محمد

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٠ الباب ٢ من أبواب أحكام الضمان ح ١ انظر الفروع ج ١ ص ٣٥٥ وج ٢ ص ٣٤٠ والفقيه ج ٢ ص ٦٠ و٣٨٠ .

ولايعتبر القبول العقدى بل عن القواعد وفى اشتراط قبوله احتمال

بن اسامة الموت دخل عليه بنو هاشم فقال لهم : قد عرفتهم قرابتي و منزلتي منكم وعلي دين فأحب ان تقضوه عني ، فقال علي بن الحسين عليه السلام : ثلث دينك علي ، ثم سكت و سكتوا ، فقال علي بن الحسين عليه السلام : علي دينك كله ، ثم قال علي بن الحسين عليه السلام : اما انه لم يمنعني ان اضمنه أولا ، الا كراهة ان يقولوا سبقنا .[١]

مما ظاهره ان المديون لم يكن حاضراً.

و كيف كان، حيث ان الصحيح يستفاد منه اشتراط الرضا لابد و ان يحمل غيره مما دل على عدم اشتراط الرضا على غير الضمان اللازم، أي العرفي منه ممامهم المديون ان يتحمله انسان ولمايعلم الدائن بأن ماله لا يتلف يرضى غالباً لان المهم عنده المال ، لانه من العقد الناقل لذمة المديون الى الضامن ، وانه لازم على الضامن الوفاء ، لانه بدون الرضا من الطرف الاخر ، لا دليل على لزومه، فهو وعد يستحب وفائه مثله مثل ما اذا قال انسان علي بناء هذا المسجد وما أشبه ذلك.

(و) حيث ثبت اشتراط الرضا نقول: يأتي الكلام في الاحتياج الى القبول علاوة على الرضا ، فقد ذكر الايضاح والاردبيلي انه (لايعتبر القبول العقدي) وكأنه للاصل بعد عدم دليل عليه (بل عن القواعد و في اشتراط قبوله احتمال) مما يدل على احتمال عدم شرطه، بل انه أقوى بنظره .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥١ الباب ٣ من أبواب أحكام الضمان ح ١ والروضة ص ٣٣٢ .

ويمكن استظهاره من قضية الميت المديون الذى امتنع النبى صلى الله عليه وآله وسلم ان يصلى عليه حتى ضمنه على عليه السلام وعلى هذا فلا

(ويمكن استظهاره) أي عدم اشتراط القبـول (من قضية الميت المديون الذي امتنـع النبي صلى الله عليه وآله وسلم ان يصلي عليـه حتى ضمنه علي عليه‌السلام) وبهذا تكون أدلة القائل بعدم اشتراط القبول الاصل و القضية كما ان اشتراط دليله الاجمـاع المتقدم من جامع المقاصد على انـه عقد و دليـل سلطنة الناس ، فان نقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ـ وهو مال المضمون له ـ خلاف سلطنته فالناس مسلطون[1] يمنع من ذلك ، ولذا قال جامع المقاصد: لان المال للمضمون له فكيف يملك شخص نقله الى ذمته بغير رضاه، وعليه فهو عقد قائم بين الضامن والمضمون له، والاقرب الاشتراط، لان الاصل لايقاوم الدليل ، والقضية لا دلالة فيها على انها من الضمان المصطلح فهي مثل ما اذا امتنع شخص من تزويج بنته لزيد بحجة انه لايملك داراً فتقول انت: انا أبيعه الدار ، لان الرسول صلى الله عليـه وآله وسلم لم يصل من جهة عدم سد الدين وبضمان علي عليه السلام، كان للدين أداء، وهذا هو المفهوم عرفاً من القضيتين.

(وعلى هذا فـ) العمدة في الدليل قاعدة السلطنة.

(لا) يقال : كما يمكن فى الخارج نقل ملك زيد كأمواله بدون رضاه من

(١) البحار : ج ٢ ص ٣٧٢ .

يعتبر فيه مايعتبر فى العقود من الترتيب والموالاة وسائرمايعتبر فى قبولها وأما رضى المضمون عنه فليس معتبراً فيه اذ يصح الضمان التبرعى

مكان الى مكان كذلك يمكن فى الذمة .

لانه يقال : قاعدة السلطنة تبين عدم التسلط التشريعي فلا يقاس بالتسلط التكويني ، فحال قاعدة السلطنة حال سائر الواجبات والمحرمات ، حيث اللزوم والمحذور في العمل شرعاً لاتكويناً فيمكن اتخاذالمحارم زوجةتكويناً ولكنه لايمكن شرعاً، الى غير ذلك .

و بهذا تبين ، انه لامجال للاستدلال باصالة عدم تسلط المضمون له على منع الضامن من النقل اذ لاوجه لهذا الاصل بعد اطلاق دليل السلطنة .

وعليه (يعتبر فيه مايعتبر في العقود من الترتيب والموالاة وسائر ما يعتبر فى قبولها) لان الادلة الدالة على تلك الامور مطلقة شاملة لكل عقد ، ومنها هذا العقد .

نعم ، قد تقدم احتمال صحة ان يكون كل منهما موجباً ، فلا يختص الايجاب بالضامن فربما ينقله الضامن ويقبله المضمون له، وربماينقله المضمون له الى ذمة الضامن ، ويقبله الضامن ، وان كان ظاهرهم كون الموجب هو الضامن.

(واما رضى المضمون عنه فليس معتبراً فيه) كما هو المشهور ، بل فى الجواهر الاجماع بقسميه عليه (اذ يصح الضمان التبرعي) وان كان ربما

فيكون بمنزلة وفاء دين الغير تبرعاً حيث لايعتبر رضاه وهذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء أوالضمان عنه ضرراً عليه أوحرجاً من حيث كون تبرع هذا الشخص لوفاء دينه منافياً لشأنه

يستشكل على ذلك لولا الاجماع بأن [اذ] ليس دليلا شرعياً ، بل هو شبه المصادرة، بينما مقتضى الدليل الاولي عدم الصحة الا برضاه حيث انه تصرف فى ذمة المضمون عنه ، فهوخلاف سلطنة الناس على أنفسهم، فكما لايصح ان يملاء الانسان ذمة الغير بدون رضاه كذلك لا يصح ان يفرغ ذمة الغير بدون رضاه، اللهم الا ان يقال: ان الافراغ ليس تصرفاً، ولذا يصح ابرائه بدون رضاه بل مع كرهه وعدم ارادته ويؤيده ماتقدم من الروايات الظاهرة فى عدم تحصيل رضى المضمون عنه عند الضمان ، وان كانت تلك الروايات فى الميت الا ان ذمته كانت مشغولة، ولذا قال صلى الله عليه وآله و سلم : و فك رهانك كما فككت رهان أخيك .

(فيكون بمنزلة وفاء دين الغير تبرعاً حيث لا يعتبر رضاه) و قد ورد فى بعض الروايات اعطاء الزكاة عن الغير، كما ورد الحج عن الميت.

(و هذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء) لدين الغير (أو الضمان عنه ضرراً عليه) مثلا: المديون لايأخذ منه الظالم الضريبة.

أما اذا لم يكن مديوناً أخذ منه ضريبة باهضة (أو حرجاً) وهو نفسي غالباً ولذا قال: (من حيث كون تبرع هذا الشخص) أوأي شخص (لوفاء دينه منافياً لشأنه) عرفاً أويزعم هو كذلك بما يسبب حرجاً نفسياً عليه .

كما اذا تبرع وضيع ديناً عن شريف غنى قادر على وفاءِ دينه فعلا.

الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلا فلايصح ضمان الصبى، وان كان،

(كما اذا تبرع وضيع ديناً عن شريف غني قادر على وفاء دينه فعلا) حيث يقع في حرج نفسي، فبدليل لا ضرر[1]، وما جعل عليكم في الدين من حرج،[2] يقف دون صحة الوفاء، بل والابراء، وكذلك الضمان عنه، اذ لوصح تلك الامور كان قد جعل الضرر والحرج. وبذلك يظهر، ان ما ذكره بعض المعلقين من انه يصح الضمان وان استلزم ضرراً وحرجاً غير ظاهر الوجه الا ان يقال: ان دليلهما لايشمل مثل ذلك، كمالايشمل مثل ما اذا فتح انسان دكاناً قبال دكان انسان آخر حيث ذهب بعض المشترين الى دكان الثاني، أو كان حرجاً نفسياً على الاول، فان دليل الضرر والحرج لايشمل مثل ذلك حتى يقال: بأن اجازة الشارع فتح الدكان للثاني منافيه لدليلهما، فاللازم عدم جواز فتحه، اذ يقال في جوابه: ان دليلهما منصرف عن مثل ذلك.

هذا ولكن لايخفى ما في هذه المقايسة، اذ عمل الضامن والمعطي تصرف في الغير بافراغ ذمته، فالدليلان شاملان لذلك بخلاف مثل فتح الدكان، فما ذكره الماتن، وسكت عليه غالب المعلقين، كالسادة ابن العم والبروجردي و الجمال، وأيده المستمسك هو الاوفق بالقواعد.

(الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلا فلا يصح ضمان الصبي، وان كان

---

(١) الكافي: ج ٥ ص ٢٩٢ الحديث ٨ والتهذيب ج ٧ ص ١٤٧ الحديث ٦٥١.

(٢) المائدة: الآية: ٥ و٦.

مراهقاً، بل وان اذن له الولي على اشكال

مراهقاً) بلا اشكال ولا خلاف عندهم، بل دعوى الاجماع عليه مستفيضة ، و ذلك لما دل على قصور الصبي عن التصرف في ماله .

قال سبحانه: «وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم»(١) .

وقال عليه السلام: لا يجوز أمر الغلام الى غير ذلك مما ذكروه في[كتاب الحجر] و حيث لايصح له التصرف في ماله لا يصح له التصرف في ذمته مثل الضمان والاشتراء نسيئة وما أشبه ذلك .

(بل وان اذن له الولي) كما صرح بذلك(٢) غير واحد ، وذلك لانه نوع تصرف في المال، فيشمله أدلة المنع واذن الولي لايجعل غير القابل قابلا، بل شمول حق الولاية لمثل ذلك غير ظاهر كعدم شموله بالنسبة الى المجنون (على اشكال) وقد سكت عليه غالب المعلقين.

وقال في المستمسك : لانصراف أدلة المنع عن نفوذ تصرفه عن صورة اذن الولي، بل لعل قوله تعالى: «وابتلوا اليتامى»(٣) ظاهر في صحة تصرفه بأذن الولي .

وكذا رواية السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام : نهى رسول الله صلى

---

(١) النساء : الآية / ٦ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٤٣ الباب ٢ من أبواب الحجر ح ١ .

(٣) النساء : الآية / ٦ .

ولاضمان المجنون الااذا كان ادوارياً فى دور افاقته وكذا يعتبر كون المضمون له بالغاً عاقلا

الله عليه وآله وسلم عن كسب الاماء ، فانها ان لم تجد زنت الا امة قد عرفت بصنعة يد ونهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فأنه ان لم يجد سرق (١) ـ انتهى.

ويؤيده ماذكرناه فى باب المكاسب من أن ظاهر الاية يقتضي جواز كسب الصغير مع كراهة اذا كان مميزاً، وكان باذن الولى كما اختار الكراهة الشرائع فلا مانع من ذلك في المقام أيضاً لانهما من واد واحد والمميز ليس كالصغير المسلوب عبارته حتى يكون كالمجنون ، وتفصيل الكلام هناك .

(ولا ضمان المجنون) بلا اشكال ولا خلاف ، بل دعاوى الاجماع عليه مستفيضة ، و حيث انه مسلوب العبارة عند العقلاء لم يكن كالمميز فى اعتبار ضمانــه باذن الولي ، اذ لايدخل ايقاعه في الادلة العامة ، ومن أقسام الجنون العته ، وكذا حال النائم والسكران الذى لايشعر، ومن أشبههما .

أما صحة نكاح السكرى ، فقد عرفت الكلام فيه في [كتاب النكاح] (الا اذا كان ادوارياً فى دور افاقته) حيث انه عاقل حينئذ، فتشمله الادلة ، ولم اجد هنا من أشكل فيه ، وان كان بعضهم أشكل في بعض معاملات الادوارى حال الافاقة من جهة عدم الاطمينان بعقله أو ما أشبه، مما قد فصلناه مع رده هناك.

(و كذا يعتبر كون المضمون له بالغاً عاقلا) حيث قد تقدم اعتبار رضاه، بل كونه طرف العقد، ومن المعلوم انه لااعتبار برضى وعقد غيــر البالغ الا

وأما المضمون عنه فلايعتبر فيه ذلك فيصح كونه صغيراً أو مجنوناً نعم لاينفع اذنهما فيجواز الرجوع بالعوض .

* * *

الرابع :كونه مختاراً فلايصح ضمان المكره .

برضى الولي في المميز، كما لا اعتبار بهما بالنسبة الى المجنون مطلقاً وعليه فاذا ضمن لطفل أومجنون كان مجرد وعد.

(وأما المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك) رضاه وعقده ، لما تقدم من انه ليس طرف عقد الضمان، ولا دخل لرضاه فى الضمان .

نعم، ما استثناه سابقاً يأتي هنا مثل ماإذا كان ضرراً عليهما أومنافياًلشرفهما (فيصح كونه صغيراً أو مجنوناً).

(نعم ، لا ينفع اذنهما في جواز الرجوع بالعوض) لما تقدم من عدم سلطنتهما فلا اعتبار باذنهما حتى يحق للضامن الرجوع اليهما ـ على ما يأتي تفصيل الكلام في الرجوع ـ .

(الرابع: كونه) أي الضامن (مختاراً) في ضمانه (فلا يصح ضمان المكره) كما ذكره غير واحد ، بل عليه الاجماع منهم لحديث نفي الاكراه المستفاد منه عدم صحة العقد الواقع عن اكراه وقد ذكر تفصيل الكلام في رفع الاكراه للعقد في [كتاب المكاسب] لكن حيث انه امتنان، ويكفي فيه رفع اللزوم كان مقتضى القاعدة الصحة اذا رضى بعد ذلك، ويؤيده قوله عليه السلام: لم يعص الله، وانما عصى سيده فاذا اجاز جاز .[1] وغيرهما مما فصل الكلام فيه هناك .

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٦ الباب ٣ من أبواب الحجر ح ١ .

الخامس : عدم كونه محجوراً لسفه الا باذن الولى وكذا المضمون له ولا بأس بكون الضامن مفلساً فان ضمانه نظير اقتراضه

ومنه يعلم، اشتراط ان لايكون المضمون مكرهاً ، أما المضمون عنه فلا الا اذا كان من الاستثناء المتقدم فيه ولو زعم الاكراه ولم يكن كان بحكم الاكراه، ولو زعم عدم الاكراه وكان فهوبحكم عدمالاكراه لانه في الاول لم يصدر عن رضى، وفي الثاني صدر عنه والرضى وجوداً وعدماً هو المعيار.

* * *

(الخامس: عدم كونه) أى الضامن (محجوراً لسفه) أو عته أو ما أشبه، لما دل على حجرهم المانع عن صحة تصرفهم، والضمان تصرف فى المال، وان فرض ان وقت الاداء يرتفع الحجر ، لان الاعتبار بحال العقد لا حال الانجاز (الا بأذن الولي) حيث ان السفيه ونحوه ليس مسلوب العبارة كالمجنون فاذن الولي كاف في الصحة كما في سائر معاملاته.

(وكذا المضمون له) لما تقدم من اعتبار رضاه و عقده والحجر لا يدع مجالا للرضا حتى ينقل وللعقد حتى يصح .

(ولا بأس بكون الضامن مفلساً) اذ الممنوع فى المفلس تصرفه فى ماله، لا فى ذمته والضمان تصرف فى الذمة لافى المال (فان ضمانه نظير اقتراضه) ونظير اجارة نفسه للعمل ، حيث ان اطلاق ادلتهما يشمل الاقتراض والاجارة، كما يشمل الصلح والمزارعة والمساقاة والمضاربة ، وقد تقدمفى تلك الكتب الاشارة الى ذلك .

وأما المضمون له فيشترط عدم كونه مفلساً ولابأس بكون المضمون عنه سفيهاً أو مفلساً لكن لاينفع اذنه فى جواز الرجوع عليه .

السادس: أن لايكون الضامن مملوكاً غير مأذون من قبل مولاه على المشهور لقوله تعالى : « لايقدر على شيء »[1] ولكن لايبعد صحة ضمانه وكونه فى ذمته يتبع به بعد العتق، كما عن التذكرة والمختلف

(واما المضمون له فيشترط عدم كونه مفلساً) فان المفلس لا يتـمكن من تصرف مالي، والمضمون له يتصرف تصرفاً مالياً حيث يعقد عقداً مع الضامن بأن يدفع الضامن المال عن المضمون عنه الى المضمون له فقد نقل المضمون له المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن .

(و لا بأس بكون المضمون عنه سفيهاً أو مفلساً) لانه ليس طرف العقد و لا الضمان متوقفاً على رضاه ـ كما سبق ـ .

(لكن لا ينفع اذنه) اذن المضمون عنه (في جواز الرجوع عليه) لانـه نوع تصرف و قد سبق انه لا حق للمفلس في التصرف في ماله ، لكن ينبغي ان يقيد ذلك بماذكره السيد البروجردي في تعليقه وتبعه غيره قال: انما لاينفع اذن المفلس في جواز الرجوع عليه حال حجره بالزائد على نصيب المضمون له من امواله، وأما الرجوع عليه حال الحجر بمقدار نصيب المضمون له وبعد ارتفاع الحجر مطلقاً بسبب اذنه فلا مانع منه .

---

(١) النحل : الآية / ٧٦ .

ونفى القدرة منصرف عما لاينافى حق المولى، ودعوى أن المملوك لاذمة له، كماترى، ولذا لااشكال فى ضمانه لمتلفاته، هذا وأما اذا أذن له مولاه فلااشكال فى صحة ضمانه، وحينئذ فان عين كونه فى ذمة نفسه، أو فى ذمة المملوك يتبع به بعدعتقه أو فى كسبه فهو المتبع وان أطلق الاذن ففى كونه فى ذمة المولى، أو فى كسب المملوك، أو فى ذمته يتبع به بعد عتقه، أو كونه متعلقا برقبته وجوه وأقوال أوجهها الاول لانفهامه عرفاً، كما فى اذنه للاستدانة لنفقته، أو لامر آخر، وكما فى اذنه فى التزويج حيث ان المهر والنفقة على مولاه، ودعوى الفرق بين الضمان والاستدانة بأن الاستدانة موجبة لملكيته وحيث انه لاقابلية له لذلك يستفاد منه كونه على مولاه بخلاف الضمان حيث انه لاملكية فيه مدفوعة بمنع عدم قابليته للملكية، وعلى فرضه أيضاً لايكون فارقا بعدالانفهام العرفى.

السابع: التنجيز فلو علق الضمان على شرط كأن يقول: أنا ضامن لما على فلان ان أذن لى أبى، أو أنا ضامن ان لم يف المديون الى زمان كذا

(السابع : التنجيز فلو علق الضمان على شرط كأن يقول: أنا ضامن لما على فلان ان أذن لي أبي) ثم اذن له (أو أنا ضامن ان لم يف المديـون الى زمان كذا) ثم لم يف الى ذلك الزمان (أو ان لم يف أصلا) و لم يف حتى

أو ان لم يف أصلا بطل على المشهور لكن لا دليل عليه بعد صدق الضمان و شمول العمومات العامة الا دعوى الاجماع فى كل العقود

مات مثلا (بطل) الضمان (على المشهور) بل عن تمهيد القواعد الاجماع على عدم صحة التعليق في العقود على الشرط وعن الرياض [في مسألة ضمان الدين لامؤجلا] قال: وربما يتوهم كونه ضماناً معلقاً، وهو غير جائز عندنا، ممايظهر منه الاجماع في المسألة .

وقال في المستمسك : الظاهر انه من المسلمات التي لا تقبل المناقشة و التأمل ، و قد اختار قول المشهور غير واحد من المعلقين كالسادة ابن العم و البروجردي والجمال وغيرهم .

(لكن لا دليل عليه بعد صدق الضمان) عرفاً، فيتحقق بذلك الموضوع (و شمول العمومات العامة) فيثبت الحكم ، وقد ذكرنا في كتابي [المزارعة و المساقاة] ان الموضوع اذا تحقق فشمله [أوفوا بالعقود](١) كان أحكام ذلك الموضوع الخاص مرتبة عليه، لان [أوفوا بالعقود] يقول : أوف بكل عقد بعنوان انه عقد خاص، لا بعنوان انه عقد عام .

نعم ، اذا لم يكن له عنوان خاص شمله أوفوا بأعتبار انه مطلق العقد فلا يثبت له أحكام أحد العقود الخاصة ، ولا يقف أمام هذا الدليل.

(الا دعوى الاجماع) على ابطال التعليق (في كل العقود) والتي منها الضمان أودعوى الاجماع في الضمان بصورة خاصة وقد تقدم وجود الدعويين

---

(١) المائدة : الآية / ١ .

على أن اللازم ترتب الاثر عند انشاءِ العقد من غير تأخير أو دعوى منافاة التعليق للانشاء وفى الثانى ما لا يخفى

فالاجماع مانع عن التعليق فى الضمان بما انه عقد ، وبما انه ضمان أيضاً، فقد قام الاجماع .

(على أن اللازم ترتب الاثر عند انشاء العقد من غير تأخير) للاثر عن المؤثر ، فكيف يمكن ان ينشأ العقد الان ويترتب الاثر عليه في المستقبل عند حصول الشرط .

(أودعوى منافاة التعليق للانشاء) لان الانشاء ايجاد والتعليق ضد الايجاد ، فالجمع بينهما كالجمع بين الضدين، وحيث لايمكن الجمع لم يحصل الانشاء فلاعقد .

وبهذا ظهر الفرق بين الدعويين ، فالاولى ناظرة الى تخلف المعلول عن العلة ، والثانية ناظرة الى الجمع بين المتنافيين .

(وفي الثاني مالايخفى) اذلامنافاة بين الانشاء والتعليق ، فان الانشاء قديكون مطلقاً ، وقد يكون معلقاً مثلا ـ في التكوين ـ قد يقول الله سبحانه :كن الان وقد يقول :كن غداً ،كما ان في التشريع قديقول المولى : اضرب الان ، وقد يقول : اضرب غـداً ، وأي فرق بين انشاء الضرب وانشاء الضمان ، والمنافاة انما تكون اذا وجدالان، ولم يوجد الان، بينماليس الامر كذلك حيث يعتبر الان وجود الشيء فى المستقبل ولذا قال فى المستمسك : والشيء فى ان المعلق عليه الوجود اللحاظي لا الخارجي ، فالانشاء يكون حالياً والمنشأ كذلك ،

وفى الاول منع تحققه فى المقام وربما يقال لايجوز تعليق الضمـان ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون ضمان مطلقاً

لكنـه معلق على أمر ذهني لحـاظي ، لا على الامر الخارجي الاستقبالي حتى يكون منوطاً بوجوده اللاحق .

أقول : ولذا تصح الانشاءات المعلقة في الاوامر والنواهي .

قال الرسول صلى الله عليه وآله وسلم : اذا وصلت الى مكان كذا فاقرء كتابي وكذلك الحال في الوصية التمليكية والنذر والعهد واليمين المعلق على شرط ، الى غير ذلك .

(وفي الاول منع تحققه) أي التأخير أو الاجماع (فى المقام) ان كان المراد [التأخير] فمنعه، لان الاثر لايتأخر عن المؤثر اذ المؤثر ايجاده بعد الشرط، والاثر يكون عند ذلك الوقت ، لان الامور الاعتبارية خفيفة المؤنة ، ومثله في المقولات الخارجية ، لو رمى وبعد دقيقة وصل الرمي وقتل الطرف ، فلا يقال : ان الرمي كان قبل دقيقة والقتل بعد دقيقة فكيف أثر المؤثر المتقدم ، الاثر المتأخر ، وان كان المراد [الاجماع] فمنعه ، لانه لااجماع في المقام ، وان كان اجماع في جملة من العقود والاقرب الى ظاهر عبارة المصنف ارادته منع الاجماع (وربما يقال: لايجوز تعليق الضمان) .

(ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً) ولذا قال في الرياض: انه تأجيل دين حال لاضمان معلق ، وقد تبعه في ذلك الجواهر، وأشار اليه قبلهما المسالك ، وعليه فالضامن يضمن حالا ، وانما يفي اذا اذن له أبوه ، أو اذا لم يف المديون .

وفيه أن تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ولا يعقل التفكيك نعم في المثال الثاني يمكن أن يقال : بامكان تحقق الضمان منجزاً مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له .

(وفيه أن تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ولايعقل التفكيك) لم يظهر وجه عدم المعقولية ، وان سكت على المتن أكثر الاعاظم الذين وجدت تعليقاتهم كالسادة ابن العم والجمال والبروجردي ، اذ الوفاء شيء غير اشتغال الذمة ، فالاول عمل خارجي والثاني تعهد ذمي ، فقول [يقال] لابأس به .

لكن يرد عليه انه وانكان صحيحاً ، لكن ليس فيه كلام ، وانما الكلام في تعليق الضمان ، وانه لادليل على منعه من عقل ، أوشرع وكان الاولى بالمستمسك ان يستشكل على الماتن بما ذكرناه لابما ذكره بقوله : اشكاله ظاهر من ملاحظة الديون المؤجلة ، فان الدين فيها مضمون في الذمة حالا ، والوفاء مؤجل ، وسيأتي بيان جواز الضمان للدين الحال حالا ومؤجلا وهو اجماعي- انتهى .

(نعم في المثال الثانى) انا ضامن ان لم يف المديون (يمكن أن يقال : بامكان تحقق الضمان منجزاً مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له) لكن يرد عليه أولا : انه خلاف ظاهر العبارة فانها مشتملة على تعليق الضمان لاتعليق الوفاء .

وثانياً : ان سلم انه صرح بذلك ، يرد عليه ان مثل هذا الضمان يكون من ضم ذمة الى ذمة ، وقدتقدم انه لايصح على اصولنا، اذ الضمان عندنا نقل الذمة لاضم الذمة .

لانه يصدق أنه ضمن الدين على نحو الضمان فى الاعيان المضمونة اذ حقيقته قضيـة تعليقية الا أن يقال : بالفرق بين الضمـان العقدى والضمان اليدى .

وثالثاً : انه بعد تسليم عدم تعلق التفكيك بين التعليقين كيف يمكن التفكيك فى هذا المثال ، ولذا أشكل على المتن السادة الحكيم والبروجردي والجمال وغيرهم ببعض ما ذكرناه .

وبذلك يظهر وجه النظر فى قوله : (لانه يصدق أنه ضمن الدين على نحو الضمان في الاعيان المضمونة اذ حقيقته) أي حقيقة الضمان فى الاعيان المضمونة (قضية تعليقية) فهو مثل ان يقول : المودع للموعى اذ اتلف فانت ضـامن ، أو يقول المالك للمستعير : اذا تلف فانت ضامن فكما يصح فيهما تعليق الضمان بالتلف ولامانع كذلك المقام .

(الا أن يقال: بالفرق بين الضمان العقدي) الذي هو ما نحن فيه فلا يصح فيه التعليق (والضمان اليدي) كالمثالين فيصح فيه التعليق وجه الفرق ان الضمان العقدي انشائى، وقد تقدم عدم معقولية التعليق فى الانشاء ـ كما ذكروا ـ بخلاف الضمان اليدى فهو حكم شرعى غير انشائى اذ الشارع حكم بقاعدة اليد بالضمان لمن وضع اليد على مال الغير بلزوم اعطائه المثـل أو القيمة لدي المتلف ، لكنه رفع الضمان فى الوديعة والعارية ، الامع التفريط اذا اطلقنا بأن عقدا العارية والوديعة بدون شرط .

الثامن : كون الدين الذى يضمنه ثابتا فى ذمـة المضمون عنه

أمامع الشرطفيرجع الامرالى قاعدة اليد، وعليهفليس الضمان فيهماانشاءاً بل جعلا من الشارع ، وعليه فلامجال لقوله: [لانه يصدق] اذ الصدق العرفي المسامحي لايوجب صحةالمستحيل الذي هو تعليق الانشاء ـ على فرض استحالته كماهو مبني المصنف [ره] ـ .

ثم انك قدعرفت صحة التعليق في الانشاء، والاجماع على منعه مناقش فيه صغرى و كبرى، فمقتضى الصناعة صحته، هذا بالاضافة الى انه يمكن تصحيح ماأفاده [قدس سره] بأن معنى هذا الضمان التعليقي هو بمعنى تعهدمافي ذمةالغير فيشمله [أوفوا بالعقود] لابمعنى الثبوت في الذمة، فماذكره [ره] قسم آخر من الضمان، وعليه فالضمان في مورد تعليق الوفاء على عدم وفاء المديون ليس معناه النقل الى الذمة ليرجع الامر الى تعليق الضمان ، بل هو بمعنى تعهد مافي ذمة الغير، فمثله مثل تعهد العين الخارجية، و عليه فلاتعليق في الضمان حقيقة، بل الضمان فعلي وأثره الانتقال الى الذمة على تقدير عدم وفاء المديون ، كما ان الحال كذلك في ضمان العين الخارجية على تقدير تلفها فهو يضمن الان وأثره الانتقال الى الذمة باعطاء: مثل العين، أو قيمته على تقدير تلف العين الخارجية مثلا: وحيث ان الضمان بهذاالمعنى أمرعقلائي لم يردع عنه الشرع صح، ولزم اذا بنيا عليه من باب : [أوفوا بالعقود] ونحوه ، لمـا عرفت مكرراً من شموله لمثل ذلك.

(الثامن : كون الدين الذي يضمنه ثابتاً في ذمة المضمون عنه) كما ذكره

سواء كان مستقراً كالقرض والعوضين في البيع الذى لاخيارفيه أو متزلزلا كأحد العوضين في البيع الخيارى كما اذا ضمن الثمن الكلى للبائع أو المبيع الكلى للمشترى أوالمبيع الشخصى قبل القبض و كالمهرقبل الدخول ونحو ذلك

المشهور، بل عن المبسوط نفي الخلاف فيه (سواء كان مستقراً كالقرض والعوضين في البيع الذي لاخيار فيه) والصلح وغيرذلك (أو متزلزلا كأحد العوضين في البيع الخيارى) وكل دين متزلزل (كما اذاضمن الثمن الكلي للبائع أوالمبيع الكلي للمشتري) كلياً في الذمة .

أما قوله: (أوالمبيع الشخصي قبل القبض وكالمهرقبل الدخول ونحوذلك) فالظاهر انـه أراد المثال بالشخصي ، والا فالمبيع الشخصي والمهر الشخصي ونحوهما ليس من المقسم الذي هو قوله : [كون الدين] فان العين الخارجية ليست ديناً، وقدتبع فيذلك الشرائع والقواعد وغيرهما، قال الاول الثاني في الحق المضمون وهو كل مال ثابت في الذمة ، سواء كان مستقراً كالبيع بعـد القبض وانقضاء الخيار أومعرضاً للبطلان كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن ولوكان قبله لم يصح ضمانه عن البائع ـ انتهى .

ولـذا قال المستمسك : المبيع الشخصي قبل القبض مضمون بضمـان المعاوضة يعني بالتلف يكون من مال البائع لانفساخ العقد قبله اناماً .

[أقول : كمـا صوره الشيخ المرتضى [ره] جمعاً بين الدليلين] وليس مضموناً بضمان اليـد فلايكون مضموناً في ذمة البائع والضمـان بهذا المعنى

فلو قال : اقرض فلاناً كذا وأنا ضامن أو بعه نسيئة وأنا ضامن لم يصح على المشهور ، بل عن التذكرة الاجماع قال : لو قال لغيره مهما أعطيت فلانا فهو على لم يصح اجماعاً ،

حكم شرعي لايقبل الاسقاط ، ولايمكن نقله الى غيره بضمانه ، وذلك يختص بالضمان باليد ، نعم اذا أتلفه البائع كان ضامناً له ، لكنه بالاتلاف لا باليد ـ

نعم، يصح المهر مثلا اذا كان كلياً في الذمة، أما اذا كان شخصياً أو كلياً في المعين أومشاعاً فليس ذلك من أمثلة المقام .

ومما تقدم يظهر حال الاجرة الكلية سواء في اجارة الاعيان أو الاشخاص وغيرهما، وعلى ماذكرناه من لزوم كونه ديناً في ذمة المضمون عنه:

(فلو قال : اقرض فلاناً كذا وأنا ضامن أوبعه نسيئة وأنا ضامن) أوبعه سلفاً وانا ضامن أو ماشبه ذلك، ممالم يثبت في الذمة بعد (لم يصح على المشهور، بل عن التذكرة الاجماع) بل هو مقتضى نفي الخلاف في المبسوط ،كمايظهر من عبارة مفتاح الكرامة في شرح هذا الشرط من القواعد .

(قال: لوقال لغيره مهماأعطيت فلاناً فهو علي لم يصح اجماعاً) أقول: ان تم الاجماع المذكور يلزم ان يقال: انه لوكان المعطي مغروراً كان له الرجوع الى غاره، لامن باب الضمان، بل من باب الغرور، أومن باب انه معاملة جديدة فيشمله : [أوفوابالعقود] .

ولكن ماذكروه من الشرط ينافي جملة من الفروع الاتية ويمكن ان يقال: بالصحة اذا حصل المقتضى للثبوت، وان لم يثبت فعلا بل مطلقاً لصدق الضمان

(ولكن ماذكروه من الشرط ينافي جملة من الفروع الاتية) كما سيأتي في المسألة السابعة والثامنة والثلاثين ، وكأنه أخذه من السيد العاملي[ره] حيث قال : وقد جوزوا ضمان أشياء كثيرة ليست ثابتة في الذمة كضمان الاعيان المضمونة وضمان العهدة ونقصان الصنجة وغيرذلك، فهي أمامستثناة أوالشرط أغلبي .

(ويمكن ان يقال: بالصحة اذاحصل المقتضى للثبوت) كما اذا ضمن نفقة زوجة زيد بعد الزواج ، حيث ان المقتضى موجود (وان) لم يأت بعد وقت وجوب النفقة و (لم يثبت فعلا) حين الضمان (بل مطلقاً) وان لم يكن المقتضى موجوداً وقت الضمان ، كما اذا امتنعت المرأة عن قبول فلان زوجاً لاعتقادها انه لايدفع المهر أو النفقة، فضمن انسان لها ذلك، أو امتنع عن عقد الاجارة، أو البيع بزعم عدم اعطاء المستأجر والمشترى وجه الاجارة والثمن فضمنهما ، حيث يصح الضمان، وان لم يثبت المقتضى أصلا ، وانما يصح الضمان .

(لصدق الضمان) عرفاً مما يحقق الموضوع ، فيشمله اطلاقات أدلة الضمان .

مثل ماروواه حسن بن خالد، فيماروواه الكليني، والشيخ قال: قلت لابي الحسن عليه السلام : جعلت فداك، قول الناس : الضامن غارم ؟ قال : فقال: ليس على

وشمول العمومات العامة وان لم يكن من الضمان المصطلح عندهم، بل يمكن منع عدم كونه منه أيضاً .

الضامن غرم، الغرم على من أكل المال .[١]

فانه شامل لمثل اكل المشتري والزوج والمستأجر المال ـ كما تقدم في الامثلة المتقدمة ـ .

ومثل ماروياه عن عمر بن يزيد قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام ، عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه ؟ قال : ليس له الا الذي صالح عليه .[٢]

(وشمول العمومات العامة) مثل : [أوفوا بالعقود][٣] و [تجارة عن تراض][٤] بعد ان عرفت انهما شاملة لغير العقود المصطلحة أيضاً .

(وان لم يكن من الضمان المصطلح عندهم) لما عرفت من انه تضمن ذمة الضامن للمال الذي على المضمون عنه للمضمون له ، والمفروض انه ليس في المقام ذمة مشغولة .

(بل يمكن منع عدم كونه منه أيضاً) بتقريب ان المراد [بالمال الذي على المضمون عنه] أعم من المال الذي عليه الان أو عليه في المستقبل، سواء كان له مقتضي الان أو لم يحصل بل مقتضيه في المستقبل، ولذا يسمى بضمان مالم يجب.

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٤٩ الباب ١ من أبواب الضمان ح ١ والتهذيب ج ٢ ص ٦٥ ـ الفقيه ج ٢ ص ٣٠ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٣ الباب ٦ من أبواب أحكام الضمان ح ١ .

(٣) المائدة : الآية / ١ .

(٤) النساء الآية / ٢٩ .

التاسع : أن لاتكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذى عليه على مايظهرمن كلماتهم فى بيان الضمان بالمعنى الاعم حيث قالوا انـه بمعنى التعهد بمال أو نفس فالثانى الكفالـة والاول ان كان ممن عليه للمضمون عنه مال فهو الحوالة ، وان لم يكن فضمان بالمعنى الاخص

لكن لايخفى ان دخوله فى التعريف خلاف ظواهرهم، بل تصريحاتهم ، فهو ضمان بالمعنى اللغوي والعرفى، ويشمله دليل الضمان. والادلة العامة .

* * *

(التاسع: أن لاتكون ذمةالضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذى عليهعلى مايظهرمن كلماتهم فىبيانالضمان بالمعنىالاعم) من الكفالةوالحوالة والضمان بالمعنىالاخص (حيث قالوا انه) الضمانبالمعنى الاعم (بمعنىالتعهد بمال أو نفس فالثانى الكفالة والاول ان كان ممن عليه للمضمون عنه مال فهو الحوالة ، وان لم يكن فضمان بالمعنى الاخص) المعنون فى [كتاب الضمان] قـال فى الشرائع : هـو عقد شرع للتعهد بمال أو نفس ، والتعهد بالمـال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال، وقد لايكون، فهنا ثلاثة أقسام .

وقال في الجواهر: التعهد بالنفس وهو الكفالة والتعهد بالمال ممن ليس عليه وهو الضمان بالمعنى الاخص الذى يدخل فيه ضمان الاعيان، بناءاً عليه ، وممن عليه له مال وهي الحوالة ـ انتهى .

ومثله قال غيرهما كالقواعد وشرحه .

ولكن لادليل على هذا الشرط فاذا ضمن للمضمون عنه بمثل ماله عليه يكون ضماناً فان كان باذنه يتهاتران بعد أداءمال الضمان والا فيبقى الذى للمضمون عنه عليه وتفرغ ذمته مماعليه بضمان الضامن تبرعاً

(ولكن لادليل على هذا الشرط) كما لادليل على عدم صحة الحوالة على البرى، كماذكره المسالك والجواهر، فانه بعد صدق عنوان الضمان على فاقد هذا الشرط، وعدم وجود دليل خاص عليه لاوجه لاشتراطه، فيشمله دليل الضمان وعمومات الوفاء بالعقد.[1]

(فاذا ضمن) الضامن (للمضمون عنه بمثل ماله) للمضمون عنه (عليه) على الضامن (يكون ضماناً) عرفيـاً وشرعياً له أحكامه (فان كان) ضمانه عنه (باذنـه يتهاتران بعد أداء مال الضمان) لان أحدهما لايطلب شيئاً من الاخر والتهاتر أمر عرفي لم يردع عنه الشارع، ولو بزيادة شرط أوماأشبه، فلايقال: ان التهاتر خلاف الاصل.

(والا فيبقى الذي للمضمون عنه عليه) على الضامن للاصل بعد عدم ادائه، وعدم صلاحية ضمانه وعطائه لاسقاطه، اذلادليل على الاسقاط.

(وتفرغ ذمته) ذمة المضمون عنه (مما عليه بضمان الضامن تبرعاً) اذا لم يكن من الموارد التى يشترط الضمان فيها برضى المضمون عنه كما تقدم.

---

(١) المائدة : الآية / ١ .

وليس من الحوالة لان المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه على الضامن حتى تكون حوالة ومع الاغماض عن ذلك غاية مايكون أنه يكون داخلا في كلا العنوانين

(وليس) هذا (من الحوالة لان المضمون عنه على التقديرين) تقدير اذنه وتقدير عدم اذنه (لم يحل مديونه على الضامن حتى تكون حوالة) لوضوح ان الحوالة لاتتحقق الابالاحالة .

(ومع الاغماض عن ذلك) بأن قيل بصدق الحوالة ، وان لم يحل المضمون عنه دائنه على الضامن (غاية مايكون أنه يكون داخلا في كلا العنوانين) عنوان الحوالة وعنوان الضمان كماذكره المسالك وغيره فلاحاجة الى هذا الشرط التاسع في الضمان ليفترق عن الحوالة في المورد المذكور ، قال في المستمسك : والذي يتحصل الاشكال على الاصحاب من وجوه .

الاول: ان الحوالة لاتختص بالمديون للمحيل ، بل تصح على البريء على قول يأتي .

الثاني : الضمان لايختص بالبريء ، فانه لادليل على ذلك ، والعمومات تنفيه فيصح من المديون .

الثالث : ان الفرق بين الحوالة والضمان في نفس المفهوم ، فان الحوالة متقومة بالمحيل والمحال ، بل والمحال عليه ، والضمان متقوم بالضامن والمضمون له ، ولايتوقف على رضى المضمون عنه ، فالمتصدي في الضمان الضامن ، والمضمون له تابع له والمضمون عنه أجنبي عنه ، والمتصدى في الحوالة المحيل والمحال ، والمحال عليه تابعان له ، فالفرق بين الحوالة والضمان في المفهوم

فيترتب عليه مايختص بكل منهما مضافاً الى مايكون مشتركاً .

كالفرق بين البيع والرهن ، وليس الفرق بينهما في حدود المفهوم كالفرق بين النقد والنسيئة مثلا - انتهى .

أقول : وجه التبعية لهما في الحوالة ، ولاحدهما في الضمان ان في الحوالة انسان يرسل شخصاً على شخص ليأخذ منه المال ، فالمرسول والمرسول اليه يلزم رضاهما ، والا فالمرسول لايذهب والمرسول اليه لا يقبل، بخلاف الضمان ، فانه يضمن للدائن ، فاللازم قبول الدائن ، و لاربط للامر بالمديون - الافيما كان عسراً ونحوه للمديون كما تقدم - فأصل مفهوم الحوالة يخالف مفهوم الضمان ، لاان المفهوم الواحد يختلف حدوده في هذا عن ذاك ليكون مثل النقد والنسيئة حيث كلاهما بيع الا ان حد أحدهما التعاطي الان، وحد الاخر اعطاء أحدهما الان واعطاء الاخر بعد مدة .

ثم على تقدير ان يكون الفرق بين الحوالة والضمان في نفس المفهوم ، لا في حدود مفهوم واحد ، فقد يقصد المتصدى هذا المفهوم ، وقد يقصد المفهوم الاخر ، وان كانت النتيجة واحدة ، فقوله داخلا في كلا العنوانين ان أراد امكان تطبيق كليهما عليه باعتبار قصده لهذا تارة ولذلك اخرى لم يكن به بأس ، وان أراد الصدوق الخارجي في وقت واحد منع ذلك ، اذ كيف يجتمع مفهومان متنافيان على مصداق واحد .

ومنه يعلم وجه النظر في قوله: (فيترتب عليه ما يختص بكل منهما مضافاً الى ما يكون مشتركاً) بل اللازم ان يترتب عليه آثار ما قصده المتصدى من الضمان أو الحوالة ، ولذا أشكل عليه [زه] جملة من المعلقين .

العاشر: امتيازالدين والمضمون له والمضمون عنه عندالضامن على وجه يصح معه القصد الى الضمان ويكفى التميز الواقعى وان لم يعلمه الضامن فالمضر هو الابهام والترديد

(العـاشر : امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه عند الضـامن على وجه يصح معه القصدالىالضمان) اذ بدون ذلك لاقصد فلا عقد فانالعقود تتبع القصود ، أما الاستدلال على ذلك بلاخلاف فيرد عليه انجملةمن الفقهاء لم يتعرضوا لهذا الشرط ، كمـا ان لاخلاف لايكون مستنداً ، فالمهم صدق الضمان عرفاً وقصده ، اذ مع عدم الصدق لاضمان ، ومع عدم القصدلايتحقق [عقودكم] المستفاد من [أوفوا بالعقود] .

(و يكفي التميز الواقعي وان لم يعلمه الضامن) اذ لادليل على غير ذلك بعد شمول العمومات لما كان متميزاً واقعاً وان لم يعلمه الضامن .

وعليه (فالمضر هوالابهام والترديد) وقداستدل له في المستمسك بأنالمبهم لاخارجية له فلاينطبق على فرد بعينه فلا يترتب عليه الاثر ، لانالاثر للموجود المتعين الخارجي دون غيره ـ انتهى .

لكن يمكنان يقال ان قوله: [فالمضر] غيرمترتب على ما ذكره من الدليل على هذا الشرط بقوله :[على وجه] اذ المهم كما عرفت الصدق والقصد ، و ليس الابهام والترديد مما يضر ذلك دائماً، وما استدل به المستمسك غيرظاهر فان المردد لاخارجية له بعنوان فرد خاص لابعنوان الجامع ، وعنوان الجامع كاف في الصدق والقصد ، و لذا يصح ان يوصى لزيد بأحد الشيئين ، أو بان يعمل له أحد العملين ، كما يصح بيع الكلي والكسر المشاع وما أشبه ذلك

فلايصح ضمان أحد الدينين ولو لشخص واحد على شخص واحد على وجه الترديد مع فرض تحقق الدينين ولاضمان دين أحد الشخصين ولو لواحد ولاضمان دين لاحد الشخصين ولو على واحد

مع انه لاخارجية له وحتى الكلي في المعين لاخارجية له ، فان الشيء ما لم يتشخص لم يوجد .

و على هذا ، يشكل الفروع التى فرعها على الدليل المتقدم ، أي [على وجه الخ] .

كقوله : (فلا يصح ضمان أحد الدينين و لو لشخص واحد على شخص واحد على وجه الترديد مع فرض تحقق الدينين) فأي مـانع من الصحة بعد شمول الاطلاق له وقصده ، حيث انه أمر عقلائي ، فلو طلب منه مناً من الحنطة ومناً من الشعير فضمن أحدهمـا كلف باعطاء أحدهما ، ولا محذور فيه عقلا وشرعـاً لتوفر الموضوع ـ أي الضمان عرفاً ـ وقصده حين العقد .

و منه يعلم وجه النظر في قوله : (ولاضمـان دين أحد الشخصين و لو لواحد) بل ولو لاثنين (ولاضمان دين لاحد الشخصين ولوعلى واحد) بل ولو على أثنين، بل ويصح ضمان أحد الشخصين بأن يقول زيد وعمرو : ان أحدنا يضمن دين زيد على عمرو، فيكون كالواجب الكفائي ان قام به أحدهما سقط عن الاخر والا الزم أحدهما به ، وكل اشكال يمكن ايراده على ذلك يجاب عنه بما يجاب به عن الاشكال على الواجب الكفائى هذا ومع ذلك فالمسألة بحاجة الى تأمل أكثر .

ولو قال ضمنت الدين الذى على فلان ولم يعلم أنه لزيد أو لعمرو أو الدين الذى لفلان ولم يعلم أنه على زيد أو على عمرو صح لانه متعين واقعاً وكذا لو قال ضمنت لك كلما كان لك على الناس أو قال ضمنت عنك كلما كان عليك لكل من كان من الناس ومن الغريب ما عن بعضهم من اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنسب أو العلم باسمهما ونسبهما

(ولو قال ضمنت الدين الذى على فلان ولم يعلم أنه لزيد أو لعمرو) صح حتى بناءاً على الشرط المذكور (أو الدين الذى لفلان ولم يعلم أنه على زيد أو على عمرو صح لانه متعين واقعاً) وقد قصده مماتم به العقد والقصد .

ومنه يعلم ، صحة ان يقول زيد وعمرو ضمن أحدنا الاكبر سناً دين بكر على خالد بعد كونه متعيناً واقعاً ، ولو لم يمكن كشف الواقع في الفروع الثلاثة كان اللازم اجراء قاعدة العدل أو القرعة ، وقد تقدم فى بعض المباحث السابقة ان العدل مقدم على القرعة – فى الماليات – لان قاعدة العدل لاتدع اشكالا حتى يتحقق موضوع القرعة ، على تأمل .

(وكذا لو قال ضمنت لك كلما كان لك على الناس) أو على أحد هذين (أو قال ضمنت عنك كلما كان عليك لكل من كان من الناس) أو ما كان عليك لاحد هذين ، الى غير ذلك من الامثلة .

(و) مما تقدم من صدق الضمان وقصده يظهر انه (من الغريب ما عن بعضهم) كالمبسوط و المفاتيح و غيرهما (من اعتبار العلم بالمضمون عنه و المضمون له بالوصف والنسب أو العلم باسمهما ونسبهما) وان لم تكن معرفة شخصية .

مع انه لادليل عليه أصلا

قال في محكى المبسوط: يشترط معرفة المضمون له ليعرف هل هو سهل المعاملة أم لا ؟ ومع انتفاء ذلك يتطرق الغرر ومعرفة المضمون عنه لينظر، هل يستحق ذلك أم لا ؟ وأضاف في المفاتيح انه لولا المعرفة كان ضرراً أيضاً ، وعن المختلف اشتراط معرفة المضمون عنه دون المضمون له ، خلافاً للخلاف حيث حكى عنه انه قال: ليس من شرط الضمان ان يعرف المضمون له والمضمون عنه ، و قد نقل عدم الاشتراط مفتاح الكرامة عن جماعة آخرين ، بل الظاهر انه المشهور ، وعن التذكرة لايشترط معرفة المضمون عنه، فلو ضمن الضامن عمن لايعرفه صح ذلك عند علمائنا .

و كيف كان ، فقد استدل على عدم الشرط بعموم أوفوا [١] ، وببعض اطلاقات الضمان ، وبما تقدم في حديثى أبي قتادة وأمير المؤمنين عليه السلام [٢] ، بتقريب انهما يدلان على الضمان مع عدم العلم بالمضمون عنه ، وله ، حيث لم يسأل صلى الله عليه و آله و سلم أمير المؤمنين عليه السلام ولا أبا قتادة عن الميت ولا صاحب الدين ، فيدل على انه ليس من الشرط معرفتهما .

أقول : الروايتان لادلالة لهما، لان الواقعة مجملة فلادلالة لها ـ كما أشار بذلك غير واحد ـ (مع انه لادليل عليه أصلا) بل الدليل على خلافه ، وهو بناء العقلاء ، ويشمله اطلاق الادلة .

---

(١) المائدة : الآية / ١ .
(٢) انظر : الوسائل : ج ١٣ ص ١٥١ الباب ٣ ح ٢ و٣ .

ولم يعتبر ذلك فى البيع الذى هو أضيق دائرة من سائر العقود .

(و) يؤيده انه (لم يعتبر ذلك في البيع الذى هو اضيق دائرة من سائر العقود) كأنه لاجل كثرة تقييداته ، مثل انقسامه الى الاقسام الاربعة النقد والنسيئة و غيرهما ، و الى بيع الصرف وبيع الثمار ، والى غير ذلك مما ليست سائر العقود بتلك التضيقات ، و وجه التأييد انه اذا كان البيع مورد العناية الاكثر ولم يذكر فيه هذا الشرط ، فعدم اشتراطه فى غيره بطريق الفحوى والاولوية.

* * *

مسألة ـ ١ ـ لايشترط فى صحة الضمان العلم بمقدار الدين ولابجنسه ويمكن أن يستدل عليه مضافاً الى العمومات العامة وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الزعيم غارم،

(مسألة ـ ١ ـ لايشترط في صحة الضمان العلم بمقدار الدين ولا بجنسه) كما هو المشهور شهرة عظيمة خلافاً لجماعة يأتي ذكرهم ، حيث اشترطوا العلم، وينبغي ان يقال: انه اذا كان بدون العلم غررياً يشترط لاطلاق نفى الغرر (١) واذ لم يكن غررياً لم يشترط للاطلاق .

(ويمكن أن يستدل عليه) على عدم الاشتراط (مضافاً الى العمومات العامة) سواء العموم في أدلة الضمان كما تقدم في بعض المسائـل، أو في العمومات العامة، مثل [أوفوا بالعقود] و [تجارة عن تراض] ونحوهما.

(وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الزعيم غارم) (٢) كما استدل به فى جامع المقاصد ، فان اطلاقه يشمل المقام ، والاشكال عليه بما في المستمسك من انه غير ثابت من طرقنا ، بل المروي في خبر الحسين بن خالد تكذيبه، غير ظاهر اذ يكفي روايته في مثل جامع المقاصد وغوالي اللئالى ودرر اللئالى، وماأكثر الروايات المروية في كتب الفتاوى.

وخبر الحسين بن خالد لايكذبه قال: قلت لابي الحسن عليه السلام جعلت فداك : قول الناس الضامن غارم ؟ قال : فقال : ليس على الضامن غرم الغرم

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٦٦ الباب ٤ من أبواب التجارة ح ١٢ .

(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٧ الباب ١ من أبواب الضمان ح ٢ .

بضمان علي بن الحسين عليه السلام لدين عبدالله بن الحسن عليه السلام

علي من أكل المال.[١]

وظاهره ان المراد كون الضامن يرجع اليه لانه ليس بغارم.

واستدل له في المسالك بقـوله تعالى : «ولمن جاء به حمل بعير و انا به زعيم»[٢] مع اختلاف كمية الحمل .

أقول: لايخفى اختلافها في الجملة،فرد المستمسك بأنه كمية خاصة غير ظاهر الوجه ويتم ذلك بضميمة استصحاب الشرائع .

(بضمان علي بن الحسين عليه السلام لدين عبدالله بن الحسن عليه السلام)

ففي الفقيـه ، روي انه احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع اليه غـرمائه فطالبوه بدين لهم، فقال لهم : ماعندي ماأعطيكم ، ولكن ارضوا بمن شئتم من أخي وبني عمي علي بن الحسين عليه السلام، وعبد الله بن جعفر عليه السلام فقال: الغرماء أما عبد الله بن جعفر فملي مطول ، وأما علي بن الحسين فرجل لامال له صدوق وهو احبهما الينا فأرسل اليه فأخبره الخبر ، فقال عليه السلام اضمن لكم المال الى غلة ولم يكن له غلة، فقال القوم : قد رضينافضمنه، فلما اتت الغلة اتاح الله تعالى له المال فأداه.[٣]

أقول: لم يرد الامام الى [غلة] غلة نفسه، بل أراد وقت مجيء الغلة ولعله

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٤٩ الباب ١ من أبواب الضمان ح ١ .

(٢) سورة يوسف : آية / ٧٢ .

(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٣ الباب ٥ من أبواب أحكام الضمان ح ١ .

وضمانه عليه السلام لدين محمد بن اسامة

لان الناس كانوا يخمسون ويزكون ويعطون ما للامام عليه السلام من حقه في الاوقاف وما أشبه .

و من هذا الحديث يعلم ان الوقت يجب ان يكون معلوماً في الجملة لا بالدقة، لوضوح ان وقت الغلة ليس بدقيق ، وعليه فاللازم عدم الغرر لا أكثر من ذلك .

(وضمانه عليه السلام لدين محمد بن اسامة) فقد روي الكافي عن فضيل و عبيد، عن أبي عبد الله عليه‌السلام قال: لما حضر محمد بن اسامة الموت دخل عليه بنو هاشم، فقال لهم: قد عرفتم قرابتي ومنزلتي منكم وعلي دين فأحب ان تقضوه ؟ فقال علي بن الحسين عليه‌السلام: ثلث دينك علي، ثم سكت وسكتوا فقال علي بن الحسين عليه السلام : علي دينك كله ثم قال علي بن الحسين عليه السلام: أما انه لم يمنعني ان أضمنه أولا الا كراهة ان يقولوا سبقنا .[1]

لكن لايخفى انهما حكاية واقعة وهي مجملة لا دلالة فيها على المقصود نفياً أو اثباتاً ـ كما في المستمسك ـ فالعمدة ما تقدم من الدليل ، خصوصاً و في بعض الروايات تعيين الدين.

فقد روي المفيد [ره] عن عمرو بن دينار قال: حضرة زيد بن اسامة بن زيد الوفاة فجعل يبكي ، فقال له علي بن الحسين عليه السلام: ما يبكيك ؟ قال يبكيني ان علي خمسة عشر ألف ديناراً ولم أترك لها وفاءاً ، فقال له علي بن

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥١ الباب ٣ من أبواب أحكام الضمان ح ١ .

لكن الصحة مخصوصة بما اذا كان له واقع معين ،وأما اذا لم يكن كذلك كقوله ضمنت شيئاً من دينك فلايصح ولعله مراد من قال : ان الصحة انما هى فيما اذا كان يمكن العلم به بعد ذلك .

الحسين عليه السلام: لا تبك فهي علي وأنت بريء منها فقضاها عنه .[١]

فهو مثل مارواه ابن شهر آشوب ـ كما في المستدرك ـ عن عمرو بن دينار قال : دخل الحسين بن علي عليه السلام على اسامة بن زيد و هو مريض وهو يقول: واغماه ، فقال له الحسين عليه‌السلام: وما غمك يا أخي؟ قال‌ديني وهى ستون ألف درهم، فقال الحسين عليه السلام: هو علي قال : اني اخشى ان أموت فقال الحسين عليه السلام: لن‌تموت حتى اقضيها عنك قال: فقضاها قبل موته[٢] (لكن الصحة مخصوصة بما اذا كان له واقع معين ، واما اذا لم يكن كذلك كقوله ضمنت شيئاً من دينك فلا يصح) على المشهور بل قولا واحداً كما عن التذكرة وجامع المقاصد والمسالك و استدل له بالغرر وبأنه خلاف الضمان العرفي و الشارع انما صحح الضمان العرفي .

لكن ربما يقال: انه لولاالاجماع لاوجه لعدم الصحة اذ هومثل‌الوصيةبشيء فما أدى فهو ومالم يؤد يأخذه المضمون له عن المديـون ، خصوصاً اذا كان الضامن نوى قدراً خاصاً فى نفسه كثلث الدين مثلا : ولا يغتر المضـمون له بعد ان كان يرضى بكل شيء يضمنه الضامن ، لانه يصعب عليه استخراج حقه عن المديون بخلاف الضامن لحسن معاملته.

(ولعله مراد من قال : ان الصحة انما هي فيما اذا كان يمكن العلم به بعد

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٤٩٧ الباب ٣ من أبواب الضمان ح ٢ .

(٢) المستدرك ج ٢ ص ٤٩٧ الباب ٣ من أبواب الضمان ح ٢ .

فلايرد عليه مايقال : من عدم الاشكال فى الصحة مع فرض تعينه واقعاً، وان لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم

ذلك) قال فى محكى التذكرة: ان قلنا بصحة ضمان المجهول، فانما يصح فى صورة يمكن العلم فيها بعد ذلك ، كما لو قال : انا ضامن للدين الذي عليك وانا ضامن لثمن ما بعت من فلان وهو جاهل بالدين والثمن، لان معرفته ممكنة والخروج عن العهدة مقدور عليه.

أما لو لم يمكن الاستعلام ، فان الضمان لايصح فيه قولا واحداً ، كما لو قال: ضمنت لك شيئاً مما لك على فلان ونحوه عن جامع المقاصد والمسالك.

(فلا يرد عليه ما يقال:) والقائل الجواهر (من عدم الاشكال فى الصحة مع فرض تعينه واقعاً ، وان لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم) فقد قال فى الجواهر: أن كلام التذكرة وغيره جيد ان كان المراد عدم امكان العلم فى الواقع للابهام ونحوه، والا كان محلا للنظر ـ انتهى .

والحاصل: ان هناك أمرين:

الاول: ما يبهم واقعاً مثل ضمنت شيئاً من دينك ، وهذا ما لايصح عندهم ـ على اشكال ذكرناه فيه ـ .

الثاني: ماله واقع معلوم ، ولكن يجهل به الان ، فأن امكن العلم به بعد ذلك بالرجوع الى الدفتر المسجل فيه أو ماأشبه ، لاينبغي الاشكال فى صحة الضمانفيه لاطلاق الادلة، وان لم يمكن العلم به لعدم معرفة أي منهم قدرالدين مثلا : فان كان مردداً بين الاقل والاكثر كعشرة وعشرين أخذ بالاقل لاصالة

هذا وخالف بعضهم فاشترط العلم به لنفى الغرر والضرر وردبعدم العموم فى الاول لاختصاصه بالبيع أو مطلق

عدم الزيادة، وان كان مردداً بين المتباينين مثل الفرس والحمار، فالمرجع أما القرعة أو الرجوع الى القيمة مع اجراء قاعدة العدل بالنسبة الى الزائد عن قيمة أقلهما، مثلا: كان الفرس بعشرين، والحمار بعشرة، فانـه يعطى الحمار و يعطي خمسة ، وانما لانقـول باعطاء خمسة عشر ، لان الحمار والخمسة أقرب الى المحتمل من خمسة عشر، والاقرب لازم لماذكروه في المثلى، فأن على اليد ولايتوى ونحوهما، اذا عرض على العرف فهم المثل أوالاقرب الى المثل، بل يحتمل قاعدة العدل في الاقل والاكثر بالنسبة الى التفاوت بين الاقل والاكثر فاذاكان المحتـمل عشرة أوالعشرين اعطاه خمسة عشر ايضاً، اذ العشرة الثانية مرددةبينهما فقاعدة العدل تقتضي التنصيف وان كان يظهر من كلماتهم فى الدين ونحوه الاكتفاء بالاقل.

(هذا) هو المشهور (وخالف بعضهم) كما نسب الى الخلاف والمبسوط والقاضي وابن ادريس وغيرهم (فاشترط العلم به) أي بمقدار الدين فى صحة الضمان(لنفي الغرر والضرر) فان الضامن يغتر في صورة عدم العلم، كما انه يتضرر ، لانه انما يريد قدراً قليلا فيظهر قدر كثير مما يوجب ضرره بدون أن يكون قد أقدم على ذلك.

(ورد بعدم العموم في الاول لاختصاصه بالبيع) فقدروي الوسائل فيأبواب آداب التجارة نهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر[١] (أو مطلق

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٦٦ الباب ١٢ من أبواب عقد البيع ح ١٢ .

المعاوضات وبالاقدام فى الثانى

المعاوضات) للاجماع أو المناط بعدم الفرق بين البيع وسائر المعاوضات .

قال في المستمسك : وفي بعض كتب العلامة روايته نهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر(١) ، لكنه غير ثابت ، بل المظنون ان مراد العلامة من ذلك هو الحديث المشهور ـ انتهى .

أقول : رواه بلفظ الكافي وصحيفة الرضا عن علي عليه السلام عن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم .

أما ظن المستمسك في رواية العلامة المذكورة في التذكرة ، ففيه : انه خلاف الظاهر ، وقد نقلها بهذا اللفظ جملة من الفقهاء وعملهم غالباً على طبقة ، والا لم يصح القول به حتى في المعاوضات ، اذ الاجماع غير محقق والمناط غير مقطوع به ، فهى مرسلة مجبورة بالعمل ، بالاضافة الى انه قد يقال : ان الامور الغررية مما لايقدم عليها العقلاء ، فاطلاق الادلة في المعاملات وغيرها لايشمل الغررى منها بعد كون الاطلاق موجهاً الى العرف الذى لايستفيد منه الا ذلك .

(وبالاقدام في الثاني) لان لاضرر انما يكون اذا لم يقدم الانسان على ضرر نفسه ـ في غير مايحرم وان اقدم ، مثل ماذا أراد أعطاء ماله الى السفيه والمبذر حيث يحرم ذلك بدليل خاص ، مثل قوله تعالى : «ولاتؤتوا السفهاء أموالكم»(٢)

---

(١) الوسائل ج ١٢ ص ٢٦٦ الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشرائطه ح ١٢ . .
(٢) النساء : آية / ٥ .

ويمكن الفرق بين الضمـان التبرعى والاذنى فيعتبر فى الثانى دون الاول

وغيره ـ فاذا اقدم لم يمنعه دليل لاضرر ، وذلك لان المستفاد من دليل لا ضرر انه امتناني، ولاامتنان في نفسه مع الاقدام . أما احتمال المستمسك تبعاً لغيره في وجه عدم الشمول بأن الظاهر من نفي الضرر ، نفى الحكم الذى يؤدي الى الضرر، ومع الاقـدام على الضرر يكون الضرر من جهة الاقدام لا من جهـة الحكم ، فربما يرد عليه ان الشارع لما قرر ذلك ينتهى بالاخرة اليه .

وكيف كان ، فقد تقدم انه انكان الضمان غررياً لم يصح ، فالاولى في رد قول الشيخ ومن تبعه ان يقال : ان دليلهم أخص من المدعى ، اذليس كل جهل غرراً ، واذا لم يكن غرر لم يكن ضرر مرفوع .

(ويمكن الفرق بين الضمان التبرعي والاذني) المراد بالاول ما كان بدون قصد الرجوع الى المضمون عنه، وبالثاني ما كان بقصده، وحيث ان الرجوع لايمكن الا اذا كان باذنه سمي اذنياً ، اذ بدون الاذن لا يحق له الرجوع لاصالة برائة المضمون عنه عن ضمان الضامن.

(فيعتبر) علم الضامن بقدر الدين (في الثانى) الاذني (دون الاول) التبرعى أما اعتبار في الاذني فلانه معاملة ، فاللازم عدم الغرر فيها لنهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر .

و أما عدم اعتبـاره في التبرعي فلانه لادليل على اشتراط عدم الغرر في الامور التبرعية ، اذ المتبرع قد أقدم بنفسه على الضمان ، مثل اقدامه بنفسه على الضرر ، حيث لايشمله دليل لاضرر .

اذ ضمان على بن الحسين عليه السلام كان تبرعياً و اختصاص نفى الغرر بالمعاوضات ممنوع، بل يجرى فى مثل المقام الشبيه بالمعاوضة اذا كان بالاذن مع قصد الرجوع الى الاذن وهذا التفصيل لايخلو عن قرب .

وبذلك يظهر ، انه لايمكن ان يقال : باشتراط عدم الغرر في مطلق الضمان بدليل عدم علم علي بن الحسين عليه السلام ـ في الظاهر ـ بمقدار الدين ، اذ كان ضمان الامام تبرعياً كما يظهر من القرائن ، فعدم علمه ظاهراً بالقدر لايوجب سحبه الى الضمان الاذني .

(اذ ضمان علي بن الحسين عليه السلام كان تبرعياً) لوضوح انه لم يضمن ليرجع به الى المضمون عنه ، وان كان بأذن وطلب من المضمون عنه.

(و) ان قلت : لايحتاج الضمان الاذني الى العلم ، اذ دليل الاحتياج الى الاذن عدم الغرر ، وقد تقدم عدم ثبوت نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلم عن الغرر ، وانما نهي النبى صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع الغرر .

قلت: (اختصاص نفي الغرر بالمعاوضات ممنوع ، بل يجرى) بالمناط في الحديث (في مثل المقام الشبيه بالمعاوضة) و ان لم نقله بحديث نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلم عن الغرر ، لما ذكرناه من المناط ، هذا بالاضافة الى انك قد عرفت ان الحديث موجود مجبور بالعمل (اذا كان بالاذن مع قصد الرجوع الى الاذن وهذا التفصيل) وان كان (لا يخلو عن قرب) عند المصنف الا انه بعيد، بل اللازم جعل القسمين من الضمان ذا حكم واحد وهو عدم الغرر

لاطلاق دليله ، و القول بعدم اعتبار عدم الغرر مطلقـاً ، لان باب الضمان غير باب المعاوضات ، فلا فرق بين القسمين في عدم ضرر الغرر ـ فلا حاجة الى العلم ـ ولذا أفتى السادة ابن‌العم و البروجردي والحكيم بعدم الفرق ، و قال الثالث : الجواز مطلقاً أقرب لما عرفت من اطلاق أدلة الصحة من دون مقيد ظاهر ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه بعد اطلاق نهيه صلى‌الله عليه و آله و سلم والمناط في نهي النبي صلى‌الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر .

وأما ما يرى من‌الصحة مع الغرر في الجملة بعدم اعتبار العلم الكامل ، فلان مبني الضمان عند العرف على المسامحة في الجملة، فلا يسمى ذلك‌غرراً حتى يشمله النهي ، ولذا اذا كان يزعم ان دينه مأة فضمن ـ و لو تبرعاً ـ ثم ظهر عشرة آلاف لانقول بصحة الضمان بالنسبة الى ذلك ، بل بنسبة‌مااحتمله لانه لم يحتمل‌الكل ، بل قدر ماظنه والعقود والالتزامات تتبع‌القصود ، اذليس عقدكم وعهدكم ما كان خارجاً عن المقدار الذي ظنه ، وعليه فالاقوى‌اعتبار العلم بالقدر بما لايوجب الغرر عرفاً .

* * *

مسألة ــ ٢ ــ اذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة انتقل الحق من ذمة المضمون عنه الى ذمـة الضامن وتبرء ذمة المضمون عنه بالاجماع والنصوص خلافاً للجمهور حيث ان الضمـان عندهم ضم ذمة الى ذمة

(مسألة ـ ٢ ـ اذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة) المتقدمة(انتقل الحق من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن و تبرء ذمة المضمون عنه) عن ذلك الحق فلايصح اجراء احكام المديون عليه ، مثلا: لايصح حبسه بمقتضى لي الواجديحل عقوبته وحبسه، ولايصح حجره وما الى ذلك (بالاجماع) الذي ادعاه الغنية والتذكرة و المسالك والحدائق و الجواهر وغيرهم ـ باختلاف عباراتهم ـ (والنصوص) مثل صحيح ابن سنان المتقدم : اذا رضى المضمون عنه ، فقد برئت ذمةالميت .

ومثل روايات عدم صلاة النبي صلى الله عليه وآله و سلم على الاموات حتى ضمنه علي عليه السلام أو أبو قتادة ،[1] حيث يظهر منها برائة ذمة الميت وان كان في دلالة هذه الروايات على ذلك تأمل ، حيث لم تدل على برائة ذمة الميت دلالة ظـاهرة بل دلت على نوع من الكفـالة بحيث انه اذا لم يدفع الورثة من التركة أو غيرها كان على الامام وأبي قتادة ، و يكفي في عدم امكان الاستدلال بها لذلك احتمالها لذلك احتمالا متساوياً بحيث يمنع عن الظهور .

(خلافاً للجمهور حيث ان الضمان عندهم ضم ذمة الى ذمة) وقد تقدم نقل

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥١ ح ٢ و٣ .

وظاهر كلمات الاصحاب عدم صحة ماذكروه حتى مع التصريح به على هذا النحو ويمكن الحكم بصحته حينئذ للعمومات.

ذلك عنهم في أول الكتاب، وقد اختلفوا في انه هل المضمون له مطالبة أيهما شاء كما نقل عن الشافعي وأبي حنيفة وأحمد وغيرهم أو انه لايطالب الضامن الا اذا عجز من تحصيله من المضمون عنه لغيبة أو اعسار أو نحوهما كما عن مالك .

(وظاهر كلمات الاصحاب عدم صحة ما ذكروه حتى مع التصريح بهعلى هذا النحو) فانهم ذكروا انالضمان عندنا مقابل الضمان عندهم وان الصحيح هوما عندنا .

(ويمكن الحكم بصحته حينئذ للعمومات) مثل : [أوفوا بالعقود](١) وماأشبه لما تقدم في جملة من الكتب من ان هذه العمومات تشمل كل عقد لم يمنع عنه الشارع ، وان كان عقداً جديداً .

وعليه ، فلا يكون له أحكام الضمان المتقدم ، لان الشارع جعل الاحكام لنقل ما في ذمة الى ذمة اخرى، وانما يترتب على هذا الضمان الاحكام العامة للعقودمثل وجوب الوفاء ، وعدمالغرر وماأشبه ذلك، فاذا قررالضامنالرجوع اليه أوالى المضمونعنه على سبيل البدل كان الضمان كذلك، واذا قررالرجوع اليه اذا عجزالمضمون له من تحصيله من المديون أوما أشبه العجز كان كذلك لان العقود تتبع القصود .

---

(١) المائدة : الآية / ١ .

قال في المستمسك: ونظير ذلك الوجوب الكفائي فانه يتعدد بتعدد الواجب عليهم مع وحدة الواجب، فكما يصح اعتبار وجوب متعدد لواجب واحد يصح اعتبار ضمان متعدد لمضمون واحد، ولافرق الا من حيث التكليف، والوضع الى آخر كلامه، ومع ذلك فالمشهور عند المعلقين عدم صحة هذا النوع من الضمان، وقد اختار عدم الصحة السادة ابن العم والبروجردي والجمال وغيرهم ولعله للاجماع، أولان عمومات العقود لاتشمل الا المتعارف منها بضميمة ان ذلك لايصح جعله بنحو الشرط، لانه شرط خلاف مقتضى العقد، أو خلاف الكتاب والسنة، لكن قد عرفت ان عمومات العقود كافية والاجماع لو كان فهو محتمل الاستناد.

نعم جعله على نحو الشرط مشكل، لعدم استبعاد كونه خلاف مقتضى العقد المستفاد من السنة كصحيحة ابن سنان المتقدمة.

* * *

مسألة ــ ٣ ــ اذا أبرء المضمون له ذمة الضامن برئت ذمته وذمة المضمون عنه وان أبرء ذمة المضمون عنه لم يؤثر شيئاً فلا تبرء ذمـة الضامن لعدم المحل للابراء بعـد برائته بالضمان

(مسألة ــ ٣ ــ اذا أبرء المضمون له ذمة الضامن برئت ذمته) لانه حقه، فاذا أسقطه سقط ، اذ ليس ذلك حكماً بل حقاً ، ومعنى الحق انه يسقط بالاسقاط لقاعدة تسلط الناس على أموالهم مما يستفاد منه تسلطهم على حقوقهم بطريق أولى .

(و) أما (ذمة المضمون عنه) فقد برئت بالضمان قبل ذلك بالنسبة الى الدائن .

نعم، فائدة الابراء بالنسبة الى المضمون عنه ان الضامن لايستحق الرجوع عليه ــ اذا كان يستحق مثل الابراء كما اذا كان الضمان بطلبه بدون قصده التبرع فانه قد سبق في قصة الامـام علي بن الحسين عليه السلام[(١)] انه يمكن ان يكون الضمان بطلب المديون ، ومع ذلك يكون تبرعياً ــ .

(و ان أبرء) المضمون له (ذمة المضمون عنه) المديون (لم يؤثر شيئاً فلا تبرء ذمة الضامن) لانه لم يبرئها فلاوجه لسقوط حق المضمون عنه الذي كان على الضامن (لعدم المحل للابراء بعد برائته) أي برائة المضمون عنه (بالضمان) ويظهر من الشرائع ان هنالك قولاً ببرائة الضامن قال : ولو ابرء المضمون له المضمون عنه لم يبرء الضامن على قول مشهور لنا ــ انتهى .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥١ ـ الباب ٣ من أحكام الضمان ح ١ .

الا اذا استفيدمنه الابراء من الدين الذى كان عليه بحيث يفهم منه عرفاً ابراء ذمة الضامن وأما فى الضمان بمعنى ضم ذمة الى ذمة فان أبرء ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن أيضاً .

وان أبرء ذمة الضامن فلاتبرء ذمة المضمون عنه

ولذا قال المسالك : انه يشعر بثبوت مخالف منا ، لكن لم نقف عليه ، وفى التذكرة ادعى اجماع علمائنا على ذلك .

أقول: لعل المحقق لم يرد انه هناك مخالف منا، بل أراد وجود المخالف في الجملة ، فقوله مشهور لنا ، في قبال قول مشهور من العامة (الا اذا استفيد منه الابراء من الدين الذي كان عليه بحيث يفهم منه عرفاً) في مقام الاثبات و الافالكلام في مقام الثبوت (ابراء ذمة الضامن) كما ذكره الجواهر ، واشكل عليه بانه خروج عما نحن فيه، وفيه :ان المراد تصوير المحتملات لاخصوصية الضامن .

(وأما في الضمان بمعنى ضم ذمة الى ذمة) مما تقدم في المسألة السابقة صحته بعنوان عقد آخر (فان ابرء) المضمون له (ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن أيضاً) لانها الاصل في الدين، فاذا سقط الاصل سقط الفرع، سواءكان الضم بمثل الواجب الكفائي، أوكان بالترتيب، وانه اذا لم يدفع المضمون عنه كان على الضامن كما تقدم فى المسألة السابقة .

(وان أبرء ذمة الضامن فلا تبرء ذمة المضمون عنه) لان المضمون له أسقط حقه من الضامن فسقط.

كذا قالوا ويمكن ان يقال: ببراءة ذمتهما على التقديرين .

أما المضمون عنه فلم يسقط حقه من ذمته فلا يسقط حقه ، بل يبقى حقه عليه على الاصل.

(كذا قالوا ويمكن ان يقال:) الاظهر ان المصنف صور الواقع، لا انه أراد الاشكال عليهم، اذ امكان المصنف خروج عن موضوع البحث ، وكما ذكرناه في قوله: [الا اذا استفيد الخ].

(ببراءة ذمتهما) الضامن والمضمون عنه (على التقديرين) فيما اذا فهم من كلام الدائن رفع اليد عن الدين المضمون ، وان اظهره في صورة براءة ذمة الضامن .

ومما ذكرناه يعلم، ان اشكال السادة ابن العم والبروجردي وغيرهما على الماتن انما هو في غير ما صورناه قال ثانيهما لكنه [أي يمكن ان يقال:] ضعيف على ذاك القول، فان اسقاط الوثيقة على الدين لا يستلزم سقوط نفس الدين ـ انتهى .

وسيأتي بعض الكلام في المسألة السادسة والعشرين .

* * *

مسألة ــ ٤ ــ الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له فلايجوز للضامن فسخه حتى لو كان باذن المضمون عنه وتبين اعساره وكذا لايجوز للمضمون له فسخه والرجوع على المضمون عنه لكن بشرط ملائة الضامن حين الضمان أو علم المضمون له باعساره بخلاف مالو كان معسراً حين الضمان وكان

(مسألة ــ ٤ ــ الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له) لا ينبغي الاشكال في ذلك، بل ظاهرهم عدم الخلاف فيه وذلك لاصالة اللزوم في العقود و سيأتي فى المسألة الاتية صحة جعل الخيار لاحدهما أولهما ، أو وجود حق الخيار تلقائياً لبعض أسبابه .

(فلا يجوز للضامن فسخه حتى لوكان) الضمان (بأذن المضمون عنه) اذ المعاملة بين الضامن والمضمون له، ولا شأن للمضمون عنه بعد الضمان (و تبين اعساره) فان اشتباه الضامن بظنه يسار المضمون عنه ـ فاذا دفع المال الى المضمون له رجع الى المضمون عنه ـ لايوجب تزلزل العقد لاطلاق النص والفتوى في كونه لازماً، ومنه تبين عدم حقه في الفسخ وان تبين مطل المضمون عنه وسوء معاملته .

(و كذا لايجوز للمضمون له فسخه و الرجوع على المضمون عنه) بلا اشكال ولا خلاف كما في الجواهر، وذلك لاصالة اللزوم، ولانه اذا برئت ذمة المضمون عنه لاوجه لضمانها ثانياً، الا بدليل وهو مفقود.

(لكن بشرط ملائة الضامن حين الضمان أو علم المضمون له باعساره) و مع ذلك قبل بضمانه (بخلاف ما لو كان) الضامن (معسراً حين الضمان و كان)

جاهلا بأعساره ، ففي هذه الصورة يجوز له الفسخ على المشهور بل الظاهرعدم الخلاف فيــه ويستفاد من بعض الاخبار أيضاً

المضمون له (جاهلا بأعساره، ففي هذه الصورةيجوزله) للمضمون له (الفسخ على المشهور) على ماوجده المصنف في كتبهم.

(بل الظاهر عدم الخلاف فيه) كما صرح بعدم الخلاف الجواهر، وبعدم وجدان الخلاف الرياض ، و عن الغنية و السرائر و جامع المقاصد وغيرهم الاجماع عليه صريحاً أوظاهراً .

(ويستفاد من بعض الاخبار أيضاً) بالاضافةالى الاجماع المتقدم وماستدل به الجواهر من قاعدة الضرر، وبناء الضمان على الارتفاق وارادة الاداء، و ما ورد في الحوالة الدالة على ذلك وهي اخت الضمان والظاهر ان مراده بالخبر موثق الحسن بن جهم قال: سألت أبا الحسن عليه السلام، عن رجل مات وله علي دين، وخلف ولداً رجالا ونساءاً وصبياناً، فجاء رجل منهم، فقال: انت فى حل مما لابي عليك من حصتي ، وانت حل مما لاخوتي واخواتي وانا ضامن لرضاهم عنك؟ قال عليه السلام: تكون في سعة من ذلك وحل، قلت: وان لم يعطهم؟ قال: ذلك في عنقه، قلت: فان رجع الورثة علي، فقالوا : اعطنا حقنا؟ فقال عليه السلام: لهم ذلك في الحكم الظاهر، واما بينك وبين الله تعالى فانت في حل منها اذا كان الرجل الذي احللت يضمن رضاهم ، قلت: فما تقول في الصبي لامه ان تحلل؟ قال عليه السلام: نعم، اذاكان لها ماترضيه وتعطيه، قلت: فان لم يكن لها مال، قال عليه السلام: فلا، قلت: قد سمعتك تقول : انه يجوز

. . . .

تحليلها؟ فقال : انما أعني بذلك اذا كان لها ، قلت : فالاب يجوز تحليله عن ابنه ؟ فقال له: ماكان لنا مع أبي الحسن عليه السلام [يعني موسى بن جعفر عليه السلام، هامش الوسائل] أن يفعل في ذلك ما شاء، قلت: فان الرجل ضمن لي عن ذلك الصبي، وانا من حصته في حل ، فان مات الرجل قبل ان يبلغ الصبي فلا شيء عليه ؟ قال عليه السلام : والامر جائز على ما شرط لك.[١]

والحديث رواه الشيخ والكليني [ره]، لكن يرد على الادلة المذكورة ان الاجماع محتمل الاستناد ، وقاعدة الضرر ليست مطردة ، وان اثبت الحكم الايجابى بالخيار بتقريب ماذكروه فى خيار الغبن، وانما لم تكن مطردة، لان المديون قد يكون أيضاً معسراً حيث لافرق بين بقائه مديوناً، وانتقال دينه الى الضامن ، وبناء الضمان على الارتفاق حكمة لاعلة يدور مدارها الحكم ، وما ورد في الحوالة لايقاس عليه الا اذا قطع بالمناط والقطع يفيد القاطع فقط.

والموثقة لا دلالة فيها لما في المستمسك من ان مورده التحليل لاالضمان ومفاده ان الملائة شرط الصحة فيه لاشرط اللزوم كما هو المدعى، وان ذلك مختص بالصبي وامه دون البالغ وأخيه، فان اطلاق الصحة في الثانى يقتضي عدم الصحة فيه فيكون صدر الحديث دليلا على عدم الخيار مضافاً الى ما فيه

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٢ الباب ٤ من أبواب كتاب الضمان ح ١ .

والمدار كما أشرنا اليه فى الاعسار واليسار على حال الضمان فلو كان موسراً ثم اعسرلايجوز له الفسخ

من الاشكال من صحة التحليل بلا اذن الدائن ، أو الضمان بلا اذن المضمون له ـ انتهى .

لكن يمكن منع المناقشات المذكورة في الادلة في الجملة اذ الاجماع بعد عدم الخلاف من أحد يكفي مستنداً، وعدم الاطراد لايضر بعد كفاية القاعدة في الجملة وعدم القول بالفصل، والبناء على الارتفاق مما يستفيد العرف منه ذلك.

وما ورد فى الحوالة يفهم منه المناط عرفاً، قال أبو أيوب: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه؟ قال : لايرجع عليه ابداً الا ان يكون قد أفلس قبل ذلك. ومثله سائر اخباره.[١]

اما الموثقة[٢] فقد قال مفتاح الكرامة: ان الشهرة تجبر دلالتها، بالاضافةالى مرسلة الشيخ فقد ذكر الشيخ فى النهاية الحكم، ثم قال: على ان به خبراً أو اخباراً وابن ادريس افتى به مع انه لايفتى الا بالمقطوعات، ومثل هذا يكفى مؤيداً، وعليه فلا ينبغى الشبهة فى الحكم.

(والمدار كما أشرنا اليه في الاعسار واليسار على حال الضمان) فلاعبرة بهما بعدذلك (فلوكان موسراً ثم اعسرلايجوز له الفسخ) أي لايصح الفسخ كما

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٨ الباب ١١ من أبواب الضمان ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٢ الباب ٤ ح ١ .

كما أنه لو كان معسراً ثم أيسر يبقى الخيار والظاهر عدم الفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالاعسار بين كون المضمون عنه أيضاً معسراً أولا

هو المشهور، بل عن جامع المقاصد ان ظاهرهم الاتفاق عليه، والادلة السابقة لاتدل على الخيار هنا فاصالة اللزوم في المقام محكمة .

أما قوله :(كما أنه لو كان معسراً ثم أيسر يبقى الخيار) فدليله الاستصحاب وان كان فيه نظر، ولذا قال الجواهر: قد يقوى عدم الخيار أيضاً لو كان معسراً حال الضمان ، ولم يعلم به حتى تجدد يساره للاصل، فان الادلة السابقة لاتجرى في المقام، اذ لا اجماع ولا لاضرر، ولاتعليل بالارفاق ، وشمول اخبار الحوالة ولو بالمناط عرفاً غير ظاهر، وقد عرفت الاشكال في الموثق، وعليه فالحكم بما ذكره الماتن مشكل .

ومنه يعلم ، ان لااطلاق لكلمات الاصحاب وان استظهره المستمسك ، ولذا استشكل على المتن بعض المعلقين، وان سكت عليه معظمهم .

(والظاهر عدم الفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالاعسار بين كون المضمون عنه أيضاً معسراً أولا) كما في الجواهر، فانه وان لم يجر فيه بعض الادلة السابقة مثل لاضرر والارفاق، الا ان اطلاق بعضها الاخر ،كما ان الفتاوى مطلقة أيضاً كاف في الحكم .

ثم المراد بالمعسر الذي لايقدر على الدفع، فاذا كان معسر يقدر لم يشمله الادلة السابقة.

وهل يلحق بالاعسار تبين كونه مماطلا مع يساره فى ثبوت الخيار أولا وجهان

ومنه يعلم حال الموسر الذي لايقدر على الدفع لتجميد الجائر أمواله مثلا لصدق المعسر عليه فى هذا الحال ، ويؤيده مسألة الارتفاق ونحوه مماتقدم في الادلة .

(وهل يلحق بالاعسار تبين كونه مماطلا مع يساره في ثبوت الخيار أولا وجهان) ذهب جمع منهم المسالك الىعدم اللحوق قال: وكما لايقدح تجدد اعساره المانع من الاستيفاء كذا لايقدح تعذر الاستيفاءمنه بوجه آخر فلايرجع على المضمون عنه متى لزم الضمان، وتبعه مفتاح الكرامة وغيره، ومن المعلقين قال بذلك السيد البروجردى ، وبعض آخر ، لكن فى الجواهر تنظر فى عدم الخيار وقرب الخيار ابن العم وبعض آخر ، وجه الاول اطلاق كلماتهم وبعض الادلة السابقة ولوبالمناط، ووجه الثانى جريان لاضرر ونحوه ، ولعل هذا هو مقتضى الصناعة .

أما قول المستمسك : ان العمل بقاعدة نفي الضرر لاثبات الخيار ليس ، بناء الاصحاب عليه في البيع ، وليس من أنواع الخيار خيار المماطلة للبائع أو المشترى .

فيرد عليه ان ماذكروه فى خيار البيع مع الاستدلال بلاضرر ـ كما في مكاسب الشيخ[ره] وغيره ـ خلاف ماذكره ويكفى ذلك عن ذكرهم خيار المماطلة ثم لوادعى المضمون له اعساره حال الضمان، وأنكره فالاصل عدم الخيار الا اذا قلنا بأصل عدم الازلى، حيث يكون حينئذ كاستصحاب العسر، فيما اذاعلم باعساره ثم شك فى بقائه وعدمه .

مسألة ـ ٥ ـ يجوز اشتراط الخيار فى الضمان للضامن والمضمون له

(مسألة ـ ٥ ـ يجوز اشتراط الخيار في الضمان للضامن والمضمون له) كما عن جامع المقاصد انه الاصح ، ونقل عن صريح بيع التذكرة و ظاهر بيع القواعد والمعتبر وغيرهما، لكن عن القواعد في كتاب ضمانه : انشرط الخيار في الضمان مفسد ، وعن التذكرة : لو شرط الضامن الخيار لنفسه كان باطلا لانه ينافي مقتضى الضمان، فان الضامن على يقين من الغرر، و المشهور بين المعلقين جوازه وهو الذي اختاره السيدان ابن العم والبروجردي ،خلافاً للسيد الجمال حيث قال : جوازه فى غاية الاشكال ، بل لايبعد عدم جوازه .

أقول : مقتضى القاعدة جوازه، لان اللزوم مقتضى اطلاق العقد لامقتضى ذات العقد، فدليل الشرط يشمله، كما ان ذلك مقتضى القاعدة العقلائية، حيث انها تقتضى ان كل ماالطرفين ابقائه كان لهما فسخه والشارع لم يخالف ذلك كما خالف في بعض العقود والايقاعات، مثل النكاح والطلاق والعتق و النذر و نحوها ، فلم يرد دليل في الكتاب والسنة على خلاف ذلك ، و ليس الضامن مستثنى عن القاعدة المذكورة ، ولذا يأتي فيه بعض الخيارات الاخر .

أما الذي يمكن ان يكون وجهاً للمنع فهي امور كلها مخدوشة ، مثل ما تقدم في كلام التذكرة ، و مثل انه حكم لا حق فلا يدخله الخيار ، و مثل ان الذمة اذا برئت لايمكن ملئها بدون سبب شرعى .

اذ يرد على الاول : ان الخيار لاينافي مقتضى الضمان ، بل اطلاقه كما عرفت ، و قوله : فان الضامن على يقين من الغرر لايجعل اللزوم مقتضى ذات

لعموم أدلة الشروط والظاهرجواز اشتراط شيء لكل منهما كما اذا قال الضامن انا ضامن بشرط ان تخيط لى ثوباً أوقال المضمون له : أقبل الضمان بشرط أن تعمل لى كذا

الضمان ، وكون اللزوم حكماً لاحقاً خلاف كون الضمان حقاً لم يتصرف فيه الشارع ، حيث لادليل على التصرف ، و برائة الذمة لم تكن مطلقة بل مقيدة فاذا ذهب سببها ذهبت البرائة كما تقدم انه لو ظهر اعساره كان له الفسخ .

و كيف كان ، فالخيار ثابت (لعموم أدلة الشروط) بل و كذا مثل خيار العيب، كما اذا ضمن ان يؤدي الدين من مال خاص، ثم ظهر العيب فيذلك ان قلنا بصحة مثل هذا الضمان، كما يظهر من العلامة في القواعد قال : فلو شرط أحدهما [في مسألة ما لو ضمن اثنان] الضمان من مال بعينه و حجر عليه لفلس قبل الاداء رجع على الموسر بما أدى ، و يضرب الموسر مع الغرماء - انتهى .

(والظاهرجواز اشتراط شيء لكل منهما) أو للمضمونعنه، وذلكلاطلاق دليل الشرط الا اذا كان هناك محذور، كما اذا شرط الضامن على المضمون عنه ان يؤدي اليه أكثر مما يؤديه الىالمضمون له، لانه ربما يشمله مناطالربا، حيث ورد في الحديث : ان الله لم يحرم الربا لاسمه ، وانما لانه سبب لفساد المال ، كما يأتي .

(كمااذا قال الضامن انا ضامن بشرط ان تخيط لي ثوباً، أو قال المضمون له: أقبل الضمان بشرط أن تعمل لي كذا) الى غير ذلك من الشروط، خلافاً

لما عن التذكرة قال: ولو ضمن رجل عن غيره ألفاً وشرط المضمون له ان يدفع اليه الضامن ، أو المضمون عنه كل شهر درهماً لايحسبه من مال الضمان بطل الشرط اجماعاً .

قال في المستمسك : والظاهر ان دعوى الاجماع المذكورة مبنية على انه من الربا المحرم بالاجماع و الا فلم أقف على من تعرض لهذا الشرط و لحكمهفضلا عن كونه معقد اجماع، وليس هومن الربا في البيع ولافي القرض ـ انتهى .

واشكل فيه أيضاً السيد الجمال قال، يشكل جوازه ولو قيل به ففي كون التخلف عنه موجباً للخيار أو كونه كالتخلف عما تضمنه عقد النكاح و جهان والاظهر الثاني .

أقول: انما كان مقتضى الشرط كذلك عند المعلق،لانه اذا لم يكن انفساخ عقد ولو بالتقابل ـ كما في النكاح ـ فأدلة الشرط لاتتمكن من جعل الخيار فيه لحكومة دليل العقد على دليل الشرط ، وانما دليل الشرط يجعل ذلك العقد وسائر لوازم الشرط ، مثل بطلان نكاح المرأة الثانية اذا شرطت عليه الاولى عدم نكاحها ، فيما اذا قلنا ان الشرط يقتضي الوضع أو عدم لزوم اطاعته اذا شرطت عليه عدم فض بكارتها ـ مثلا ـ الى غير ذلك من اللوازم .

وكيف كان، فلو قيل بالعلة في الربا لم يصح الشرط، لان حاصل الشرط ان المضمون عنه يعطي أقل أو أكثر، والضامن يعطي أقل أو أكثر والمضمون

ومع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط .

له أعطى أقل فأخذ الاكثر، أو بالعكس، وكله فساد للمال، و لعل العلامة نظر الى ذلك فلا يرد عليه اشكال المستمسك بانه ان تم ذلك في الشرط المضمون له لايتم في الشرط للضامن ، لان الشرط الموجب للربا ما يرجع الى الدائن دون ما يرجع الى المديون .

(ومع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط) لانذلك مقتضى الشرط حيث انه لو لزم بدون الشرط كان ضرراً فلا ضرر يرفع اللزوم كما تقدم في ان نفي الضرر يرفع اللزوم على ما ذكروا في خيار الغبن وغيره،هذابالاضافة الى ان العقد وقع قابلا للفسخ اذا لم يأت بالشرط ـ و لو ارتكازاً ـ و العقود تتبع القصود، فهو عقد هكذا، فبدون الشرط وفسخه لايكون [عقودكم]حتى يشمله [أوفوا][١].

* * *

---

(١) المائدة : الآية / ١ .

مسألة ـ ٦ ـ اذا تبين كون الضامن مملوكاً وضمن من غير اذن مولاه أو باذنه وقلنا انه يتبع بما ضمن بعد العتق لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له .

(مسألة ـ ٦ ـ اذا تبين كون الضامن مملوكاً و ضمن) باذن مولاه، فلا اشكال و ان ضمن (من غير اذن مولاه) و اذن فلا اشكال، لان اعماله بالاجازة نافذة .

قال عليه السلام : انه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا أجاز جاز [1]

(أو باذنه وقلنا انه يتبع بما ضمن بعد العتق) أو ما أشبه ذلك بأن قلنا له : ملك ، و تمكن من الاداء في الوقت المقرر ، لم ينبغي الاشكال لاطلاق الادلة .

نعم، اذ لم يقدر على الاداء في الوقت المقرر (لايبعد ثبوت الخيار للمضمون له) لمناط ما تقدم من الخيار في اعسار الضامن فانه كالمفلس المحجور عليه ، و حيث ان المسألة خارجة عن محل الابتلاء فعلا لم نفصل الكلام حولها .

* * *

---

(١) الوسائل : ج ١٤ ص ٥٢٣ الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والاماء ح ١ .

مسألة ـ ٧ ـ يجوز ضمان الدين الحال حالا ومؤجلا

(مسألة ـ ٧ ـ يجوز ضمان الدين الحال حالا ومؤجلا) الاقسام ستة : لانه أما حال، أو مؤجل، وعلى كل حال، أما ان يضمنه حالا أو مؤجلا، واذا كان مؤجلا و ضمنه مؤجلا، فاما بقدر الاجل أو اكثر منه أو أقل ، وكلا القسمين المذكورين في المتن يشملهما الاطلاق ، ولااشكال في الضمان المؤجل .

و قد ادعى على صحته عدم الخلاف أو الاجماع المحققان و المسالك والايضاح والتنقيح والمفاتيح والكفاية وغيرهم، وتوهم انه لايصح، لانه تعليق للضمان ، مردود بانه لا دليل على عدم صحة التعليق أولا .

وعـدم كونه تعليقاً ، ولذا قال المسالك : ليس هذا تعليقاً للضمـان على الاجل، بل تأجيل للدين الحال في عقد لازم فيلزم ثانياً .

ثم ان الاجل يلزم ان يكون محدوداً حداً لا يلزم منه الغرر لنهي النبي صلى الله عليه و آله و سلم عـن الغرر فلا يصح ان يضمن الى أجـل غير محدود ، أمـا اذا ضمن الى مثل الغلة و قدوم الحاج فلا بأس ، حيث لايلزم من ذلك غرر ، وقد تقدم ضمان الامام السجاد عليه السلام الى الغلة .

ثم لو ضمن مؤجلا بدون تعيين الوقت ، فـاذا كان ذلك مصب العقد أو قيداً ، فاللازم القول بالبطلان ، لانه عقد غرري يشمله نهي الشارع ، وان كان من قبيل الالتزام في الالتزام كان اللازم القول بـالصحة ، و كان للمضمون له مطالبته حالا .

ثم ان الضمان الى الغلة ونحوها ان كان له خارج محدود ، فهو والا كان اللازم الرجوع الى العرف في الصدق، هل انه أول مجيء الغلة ، أو بعدذلك

وكذاضمان المؤجل حالا ومؤجلا بمثل ذلك الاجل أو أزيد أوأنقص والقول بعدم صحة الضمان الا مؤجلا وأنه يعتبر فيه الاجل كالسلم ضعيف

أواخره ؟ والغالب ان العرف يرى ذلك في وقت الوفور ووقت تواتر مجيء الحجاج ونحوذلك ، وسيأتي الكلام في ضمان الحال حالا .

(وكذا ضمان المؤجل حالا ومؤجلا) وذلك لاطلاق الادلة ، وذلك هو المشهورفيهما، وسيأتي خلاف الشيخ والفخرفي ضمان المؤجل حالا (بمثل ذلك الاجل أوأزيد أوأنقص) لااشكال ولاخلاف فيماكان أجل الضمان أبعد أما في المساوي والانقص فقد ذهب المشهور الى الصحة ، خلافاً في المساوي للشيخ وفي الانقص للشيخ وفخرالدين ـ كما حكي عنهم ـ لكن حيث ان ما يستدل به لهما فيه ضعف كان مقتضى القاعدة مع المشهور .

(والقول بعدم صحة الضمان الا مؤجلا) كما عن الشيخ والمفيد والقاضي وابن حمزة (وأنه يعتبر فيه الاجل كالسلم) والا لم يكن سلماً فالاجل مقومه ، وكذلك في الضمان .

قال الشيخ في محكي النهاية : ولايصح ضمان مال ولانفس الابأجل معلوم.

(ضعيف) اذ استدل له بانه لولا الاجل كان غرراً ، وقدنهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عنه[1]، وفيه : ان ضمان الحال حالا لاغرر فيه ، هذا مع انه يحتمل ان يريدوا وضوح ماكان الاداء حالاأومؤجلا، لاان المراد بالاجل مقابل

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٦٦ الباب ١٢ من عقد البيع وشرائطه ح ١٢ .

كالقول بعدم صحة ضمان الدين المؤجل حالا أو بأنقص

الحال، ولذا حمل محكي السرائر كلام الشيخ على انه اذا اتفقا على كون الضمان باجل ، فلابد من تعيينه .

نعم يظهر من الشرائع وغيره انهم فهموا من كلامهم ماذكره المصنف ولذا قال المحقق : وفي الحال تردد أظهره الجواز .

قال في الجواهر بعد ذكر ماتقدم : فمن الغريب مافي المسالك حيث انه بعد ان ذكر الصور الاثنى عشرة [الصور الستة بضربها فيما كان الضمان تبرعياً أو بطلب المضمون عنه] ان كلها جائز على الاقوى، الاان موضع الخلاف فيها غير محرر ـ انتهى .

اذ قد عرفت تحريره على الوجه المزبور ، ثم قال وأما احتمال المنع في ضمان الحال حالا، والمؤجل بمثل أجله أو انقص الناشيء من تعليل المنع للضمان الحال في المختلف بالارفاق فليس خلافاً في المسألة ، وعلى تقديره فهو واضح الضعف ضرورة عدم ثبوت اعتبار الارفاق فيه على وجه يقتضي ذلك ، خصوصاً بعد عدم انحصار الفائدة فيه بذلك .

(كالقول بعدم صحة ضمان الدين المؤجل حالا أو بأنقص) خلافاً لما عن الشيخ من انه لايصح ، لان الفرع لايكون أقوى من الاصل ، ولان الضمان نقل المال على ماهو به ، ولان الحلول زيادة في الحق ، ولهذا يختلف الاثمان به ، وهذه الزيادة غير واجبة على المديون ولا ثابتة في ذمته فيكون ضمان مالم يجب فلايصح عندنا .

وهذه الوجوه ذكرها المحقق الثاني ناقلا أخيره عن فخر المحققين ، والكل

ودعوى أنه من ضمان مالم يجب كما ترى .

ضعيف، فان الفرع لايكون أقوى من الاصل،وجه اعتباري لايمكن بناء الاحكام عليه ، خصوصاً بعد وجود اطلاق دليل الضمان واطلاق دليل العقد ـ فيما اذا جعل مصباً ـ واطلاق دليل الشرط فيما اذاجعل شرطاً وكون الضمان نقل المال على ماهوبه ان أريد به لزوم ان يكون على ماهوبه فهو أول الكلام ، وان اريد به ان اطلاق الضمان يقتضي ذلك فلايمكن ان يستدل به ، لما اذا ذكر الضمان مقيداً لما هو مقتضى الاطلاق ، لامقتضى ذات الضمان .

(ودعوى أنه من ضمان مالم يجب) كما في الدليل الثالث (كماترى) لما ذكره المستمسك من ان الضمان للدين وهو ثابت في الذمة، لا للاجل ، فان الاجل للوفاء بمـا في الذمة ، لا انه مضمون بنفسه ، وما ذكره المصنف هو مقتضى القاعدة ، ولذا سكت عليه كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم .

ومما تقدم ظهر جواب اشكال انه مع الاختلاف في الدين والضمان حالا ومؤجلا ، أو بشرط وبلاشرط يلزم الربا، اذ للاجل قسط من الثمن وكذلك للشرط .

مسألة ــ ٨ ــ اذا ضمن الدين الحـال مؤجلا باذن المضمون عنه فالاجل للضمان لا للدين فلو أسقط الضامن أجله وأدى الدين قبل الاجل يجوز له الرجوع على المضمون عنه لان الذى عليه كان حالا ولم يصر مؤجلا بتأجيل الضمان

(مسألة ــ ٨ ــ اذا ضمن الدين الحال مؤجلا باذن المضمون عنه فالاجل للضمان لا للدين) فالدين موجود الان ، وانما ليس للمضمون له مطالبته في الحال وانما صار الدين الحال مؤجلا بالشرط الذي يشمله عموم المؤمنون عند شروطهم فحاله حال ما اذا شرط على الدائن في عقد ان يؤجل دينه الحال ، حيث يلزم الشرط ، وانما قال باذن المضمون عنه ، لما أراد ان يتفرع عليه من قوله : فلو أسقط . اذ لو لم يكن باذن المضمون عنه لم يكن له مطالبة المضمون عنه .

نعم، لاشك في لزوم رضى المضمون له بهذا الاجل، لان له الدين الحال والعقد بين الضامن وبين المضمون له .

(فلو أسقط الضامن أجله وأدى الدين قبل الاجل يجوز له الرجوع على المضمون عنه) كما ذكره الشيخ والعلامة في جملة من كتبه والمحقق والشهيد الثانيين وصاحبي الحدائق والجواهر وغيرهم (لان الذي عليه) أي على المضمون عنه (كان حالا ولم يصر مؤجلا بتأجيل الضمان) اذ لاوجه لانقلابه الى المؤجل فالمضمون عنه عليه ان يعطى الدين ، اما للدائن واما للضامن .

نعم ، ينبغي ان يستثنى من ذلك ما اذا اذن المضمون عنه للضامن في الضمان بشرط الاجل ، حيث لايصح للضامن الرجوع عليـه حالا ، لان معنى شرطه اشتراط الاجل في الرجوع عليه ، كما أشار الى ذلك المستمسك.

وكذا اذا مات قبل انقضاء أجله وحل ما عليه وأخذ من تركته يجوز لوارثه الرجوع على المضمون عنه واحتمال صيرورة أصل الدين مؤجلا حتى بالنسبة الى المضمون عنه ضعيف .

(وكذا اذا مات) الضامن (قبل انقضاء أجله وحل ماعليه) لان بالموت تحل الديون (وأخذ من تركته) أو اداه الحاكم فيما اذا لم تكن له تركة ، لما ورد من ان دين المديون على بيت المال فقد قال صلى الله عليه وآله وسلم ، فيما رواه جابر : [اناأولى بالمؤمنين من انفسهم ، فمن ترك مالافلورثته ومن ترك ديناً فعلي] وحيث ان الحاكم يؤدى عن الضامن الذي اشتغلت ذمته بالضمان كان للورثة الرجوع الى المضمون عنه فانه كتبرع متبرع عن الضامن أو الميت فتأمل .

(يجوز لوارثه الرجوع على المضمون عنه) كما عن الشيخ والعلامة في جملة من كتبه والمحقق والشهيد الثانيين وصاحبى الحدائق والجواهر، نعم يأتي هنا الاستثناء السابق .

(واحتمال صيرورة أصل الدين مؤجلا حتى بالنسبة الى المضمون عنه) لان معنى الضمان مؤجلا ان صاحب الدين قد بعد دينه ، فاذا اعطاه الضامن حالا لايحق له الرجوع على المضمون عنه ، لانه عمل تبرعي منه فلايجعل الدين المؤجل حالا .

(ضعيف) اذ الضمان المؤجل لايجعل الاجل لنفس الدين، لماتقدم من انه لاوجه للانقلاب، اذ لادليل عليه من الشرع ولم يكن العقد كذلك حتى يقال : انه مقتضى العقد .

مسألـة ــ ٩ ــ اذا كان الدين مؤجلا فضمنه الضامـن كذلك فمــات وحل ماعليه وأخذ من تركته ليس لوارثــه الرجوع على المضمون عنه الا بعد حلول أجل أصل الدين

(مسألة ـ ٩ ـ اذاكان الدين مؤجلافضمنه الضامن كذلك) بقدر أجله مثلا (فمات) الضامن (وحل ما عليه) من الدين (وأخذ) الدائن (من تركته) أو دفعه الحاكم كما سبق (ليس لوارثه) وارث الضامن (الرجوع على المضمون عنه الابعد حلول أجل أصل الدين) الذى كان على المضمون عنه، وقد أفتى بذلك المبسوط والتذكرة والتحرير والقواعد ومفتاح الكرامة والجواهروغيرهم على ماحكي عن بعضهم، وأشكل عليه المستمسك بأن الدين الاصلي قدفرعت منه ذمة المضمون عنه فلايتصف بالحلول أوالتأجيل، واطلاق مادل على رجوع الضامن على المضمون عنه بماأداه يقتضى جواز الرجوع في المقام بعد الاداء من دون مقيد يقتضى تأجيل الرجوع، ومجرد كون الدين الذى كان على المضمون عنه مؤجلا لايقتضي التأجيل للدين الجديد، الى آخر كلامه .

وفيـه : ان الدين الاصلي ، وان فرغت منه ذمـة المضمون عنه فلايتصف بالحلول أو التأجيل، لايستلزم ان يكون للضامن الحق في ان يرجع اليه حالا، اذاكان أصل الدين مؤجلا، اذ مايأخذه الضامن بدل ماكان يأخذه المضمون له ، وحيث لم يكن الاصل حقاًعلى المضمون عنه حالا، لم يكن الفرع حقاً عليه حالا فلامجال لاطلاق مادل على رجوع الضامن على المضمون عنه بماأداه، فقوله وبالجملة تعليل جواز الرجوع على المضمون عنه حالا ومؤجلا بكون الدين الذي كان عليه حالا أومؤجلا، غير ظاهر ، لعدم دخل ذلك به، اذ لوكان الدين

لان الحلول على الضامن بموته لايستلزم الحلول على المضمون عنه وكذا لو أسقط أجله وأدى الدين قبل الاجل لايجوز له الرجوع على المضمون عنه الا بعد انقضاء الاجل .

مؤجلا لم يكن حق على المضمون عنه حالا، سواء رجع اليه الدائن أو الضامن.

وكذا اذا مات الضامن فحل عليه الدين (لان الحلول على الضامن بموته لايستلزم الحلول على المضمون عنه) فالمرجع الدليل الاول الذى ذكرناه من كون الحق على المضمون عنه مؤجل، سواء أراد الدائن أو الضامن أخذه .

(وكذا لو أسقط أجله وأدى) الضامن (الدين قبل الاجل لايجوز له الرجوع على المضمون عنه الا بعد انقضاء الاجل) سواء أداه حالا أو باجل أقل من أجل أصل الدين ، فان المعيار فى أجل أصل الدين، لامطلق الاجل ، ولو قبل أجل أصل الدين ، لوحدة العلة فيهما ، ولذا الذى ذكرناه لم يعلق على المتن أحد من المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم .

مسألة ـ ١٠ ـ اذا ضمن الدين المؤجل حالا باذن المضمون عنه فان فهم من اذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك و الا فلا يجوز الا بعد انقضاء الاجل

(مسألة ـ ١٠ ـ اذاضمن الدين المؤجل حالا باذن المضمون عنه) فقدصار الدين حالا بالنسبة الى الضامن ، لانه مقتضى العقد فيجب الوفاء به، اذ لاوجه لعدم وجوب الاداء حالا بعد التزامه بـه ، وكون أصل الدين مؤجلا ولايزيد الفرع عن الاصل غير تام ، لانه كان حق للمضمون عنـه ان يؤخر فاسقط حقه باختياره .

وعليه كان اللازم اداء الضامن له حالا ، فان أداه، فهل يكون حالا بالنسبة الى المضمون عنه بحيث يكون للضامن الرجوع عليه بمجرد الاداء قبل أجل أصل الدين أولا ؟ فيه أقوال .

(ف) المصنف على انه (انفهم من اذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك) لكن يجب ان يقيد كلامه بما اذاكان الرجوع اليه جزءاً أوشرطاً فى ضمن عقد، أوكان الضامن مغروراً، حيث يرجع الى من غره ، والافمجرد الرضى من المضمون عنه لايوجب الزامه ، بل وان وعد، لان الوعد بدون العقد والغرور لايصحح الالزام .

(والا فلايجوز الابعد انقضاء الاجل) لما تقدم من ان الحلول بالنسبة الى الضامن لايلازم الحلول بالنسبة الى المضمون عنه بعدان كان أصل الدين مؤجلا ولاسبب لانقلابه حالا .

والاذن فى الضمان أعم من كو نه حالا.

(و) ان قلت: قد اذن المضمون عنه في ان يضمن حالا ؟

قلت: (الاذن في الضمان أعم من كونه حالا) فلاغرور ولاعقد حتى يلزم على المضمون عنه اعطائه الضامن حالا ، كما أعطى هو للمضمون له حالا، ولعل هذا هو مراد الذين ذكروا انه لايحق للضامن الرجوع الى المضمون عنه ان اداه حالا ، كما نسبه مفتاح الكرامة الى المختلف والمسالك والروضة وظاهر التحرير ومجمع البرهان .

قال في محكي التذكرة : على قولنا : انه يصح ضمان المؤجل حالا اذا أدى الضامن المال الى صاحبه لم يكن له مطالبة المضمون عنه الاعند الاجل ان أذن له في مطلق الضمان ولو اذن له في الضمان عنه معجلا، ففي حلوله عليه اشكال أقربه عدم الحلول أيضاً .

أقول : الظاهر منه ماذكرناه من ان مجرد الاذن لايوجب ضمانه له معجلا اذالم يكن عقد أو غرور .

أما من أطلق جواز الرجوع الى المضمون عنه بسؤاله مطلقاً ، كما عن التنقيح وظاهر القواعد ــ وان قال ثانيهما يحل مع السؤال على اشكال ــ فقد استدل له المستمسك [بعد ان قاله انه الاقرب] باطلاق مادل على رجوع الضامن على المضمون عنه عند اداء مال الضمان من دون مقيد ظاهر ، والاذن فى الضمان وان كان أعم من كونه حالا ، لكن الاطلاق المتقدم كاف في جواز الرجوع .

....

وفيه : ان الاذن في الضمان بعد ان كان أعم، ولم يكن غرور، لم يكن وجه لكون البدل حالا بعد ان كان المبدل منه مؤجلا، والاطلاق لا يفيد انقلاب المؤجل حالا وهناك أقوال اخر نادرة لا يهم التعرض لها .

ومما تقدم ، ظهر حال ما اذا ضمنه بأقل أجلا من أجل أصله ولـذا قال المصنف :

* * *

مسألة ــ ١١ ــ اذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله وأداه ليس له الرجوع على المضمون عنه الا بعد انقضاءِ أجله واذا ضمنه بأزيد من أجله فأسقط الزائد وأداه جاز له الرجوع عليه على مامر من أن أجل الضمان لايوجب صيرورة أصل الدين مؤجلا وكذا اذا مات بعد انقضاءأجل الدين قبل انقضاءِ الزائد

(مسألة ـ ١١ ـ اذاضمن الدين المؤجل بأقل من أجله وأداه ليس له الرجوع على المضمون عنه الابعد انقضاء أجله) لان المسألتين من واد واحد ، كماذكره الجواهر وغيره .

وقال في المستمسك: يأتي في هذه المسألة الاقوال المتقدمة هناك لوجود مأخذ الاقوال المذكورة فيها هنا أيضاً .

ومنه يعلم ، حال ما ضمن اعطاء الدين بعضه حالا وبعضه مؤجلا مرة أو اقساطاً ، ومن هذه المسألة والمسألة السابقة يظهر حال ماذا كان الدين اقساطاً مؤجلا ومعجلا، أو مؤجلا طويلا وقصيراً ، ثم ضمنه بمثله أو بالاختلاف مما لاداعى الي تفصيل الكلام فيها .

(واذاضمنه بأزيد من أجله) في المؤجل (فأسقط) الضامن (الزائد وأداه جاز له الرجوع عليه على مامر) الا اذا كان الشرط عدم الرجوع اليه الا وقت أجل الضمان (من أن أجل الضمان لايوجب صيرورة أصل الدين مؤجلا) أزيد من أجل اصل الدين .

(وكذا اذامات بعدانقضاء اجل الدين قبل انقضاء الزائد) اوماشبه الموت

فأخذ من تركته فانه يرجع على المضمون عنه .

كالارتداد ، حيث ان ديونه تكون حالة لانـه بمنزلة الموت ـ كمـا حقق في محله ـ.

(فأخذ من تركتهفانه يرجع على المضمون عنه) ولو كانله الاداء قبل الأجل في المؤجل ، أو بأقل اجلا في طوبل الاجـل بأن كان الشرط اعطاء المضمون عنه له حيث ادى، فادعى الاداء، فالقول قوله وان انكر المضمون عنه، لانه امين فقوله مقدم، وان كان خلاف الأصل .

و لو قال الضامن : كان الشرط عليك ان تعطيني حين ما اعطيت ، وقال المضمون عنه: بل لم يكن شرط فليس لك حق علي الا بعد وصول اجل أصل الدين، كان الاصل مع المضمون عنه، والامين انما يقبل قوله فيما فعل، لافيما يقول، لان الاول هو الظاهر من أدلة ليس على الامين الا اليمين فلو قال الودعي اجزت لي ان اعطي الوديعة لزيد، وقال المالك: لم اجزه لك قدم قول المالك ولايحق للودعي دفعها الى زيد.

نعم، لو اعطاها لزيد واعترض عليه المالك، فقال: انه اجازه له كان القول قول الودعي، لانه امين، الى غير ذلك من الأمثلة.

و لو ضمنه ضماناً مطلقاً ان حالا دفعه حالا وان مؤجلا دفعه مؤجلا صح، لاطلاق الدليل و عدم الغرر ، وان اختلفا بعد ذلك في انه حال أو مؤجل كان على مدعى الاجل اقامة الدليل.

مسألة ــ ١٢ ــ اذا ضمن بغير اذن المضمون عنه برئت ذمته ولم يكن له الرجوع عليه وان كان أدائه باذنه أو أمـره

(مسألة ـ ١٢ ـ اذا ضمن بغير اذن المضمون عنـه) في كل الدين أو في بعضه كما اذا اذنه في ان يضمن نصف دينه فضمنه الكل (برئت ذمته ولم يكن له الرجوع عليه) في الزائد عن اذنه ، فالصور أربع : لانه اما ان يضمن بأذنه أولا، وعلى كل، أما ان يؤدي بأذنه أولا .

ولذا قال الشرائع : يرجع الضامن على المضمون عنه بما اداه ان ضمن بأذنه، ولو ادى بغير اذنه، ولا يرجع اذا ضمن بغير اذنه، ولو أدى بأذنه، وقد أدعى المحقق والشهيد الثانيان على ذلك الاجماع، بل في الجواهر الاجماع بقسميه عليه و كل ذلك حسب القاعدة، اذ الضمان بالاذن يوجب الرجوع عليه ـ كما تقدم ـ ولا حاجة بعد ذلك ان يكون الاداء بالاذن ، لعدم الحاجة اليـه بعد العقد.

نعم، اذا شرط ان يكون الاداء باذنه لم يكن له الاداء بدون اذنه، وان كان الضمان باذنه، والضمان بدون الاذن يفرغ ذمة المضمون عنه، فلا فرق في عدم ضمانه للضامن كون ادائه بأذن المضمون عنه ، أولا، فانه (وان كان ادائه باذنه أو أمره) لم يسبب ذلك ملاء ذمة المضمون عنه بعد فراغه بالضمان بدون الاذن فأن الاذن والامر في اداء ماوجب على الانسان ليس من أسباب الضمان ، فهو كما لو أمر القاتل خطاءاً العاقلة باداء ماعليهم فأن ادائهم للدية لا يسبب ضمان القاتل، الى غير ذلك من الامثـلة ، بل هو الحال ، وان كان الضامن أراد عدم الاعطاء عصياناً فأمره المضمون عنه بالاداء، اذ الامر بالطاعة لايستلزم الضمان.

الا أن يأذن له فى الاداء عنه تبرعاً منه فى وفاءِ دينه كأن يقول : أد ماضمنت عنى وارجع بـه على على اشكال فى هذه الصورة أيضـاً من حيث ان مرجعه حينئذ الى الوعد الذى لايلـزم الوفاءِ به

(الا ان يأذن له في الاداء عنه تبرعاً منه فى وفاء دينه) و ذلك لانـه ضمان عرفي امضاه الشارع للسيرة المستمرة، فهو كما اذا قال : اد للفقير ديناراً علي أو قال: ألق متاعك في البحر علي، ولذا مال اليه الجواهر ممثلا له بما اذاقال للاجنبي: اد عن الضامن المتبرع وارجع به علي، فاذا ادى بعنوان امتثال أمر المضمون عنه صح الرجوع اليه .

وعليه فقوله: [في الاداء عنه] يراد به كون الاداء عليه، لانه صادرعن أمره وأذنه، لا أن الاداء عنه بمعنى افراغ ذمتـه ، اذ قد تقدم ان الذمة تفرغ بمجرد الضمان الموجب لنقل مافى ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ـ كماتقدم ـ.

(كأن يقول: أد ماضمنت عني وارجع به علي علىاشكال فى هذهالصورة أيضاً) كما حكاه الجواهر، وعلله بما فى المتن (من حيث ان مرجعه حينئذالى الوعد الذي لايلزم الوفاء به) لكن الظاهر انه لااشكال فيه ، لان الوعد انما لا يلزم الوفاء به اذا كان وعداً بالاحسان اليه مجاناً ، كما اذا قال : سوف اعطيك ديناراً، اما اذاكان وعداً فى قبال شيء يفعله الطرف، كما اذا قال: ألق متاعكفى البحر، او أعطه خبزاً، أو ابن داره أو ما أشبه ذلك وعلي كذا، أو علي عوضه فهو أما داخل فى عنوان الجعالة، أو انه عقد جديد يشمله [أوفوا بالعقود].

ويؤيده ماتقدم من السيرةالمستمرةبينالمتشرعةكما استشهدبهاالمستمسك ولذا اشكل على اشكالالمصنف غير واحد من المعلقين وان سكت عليهامثال

واذا ضمن باذنه فله الرجوع عليه بعد الاداء وان لم يكن باذنه

السادة ابن العم والبروجردى والجمال.

نعم ، ليس من باب الجعالة والعقد اذا لم يكن في قبال ما يعمله الطرف مال عرفاً ، كما اذا قال : زوجه بنتك واعطيك مأة، أو ادرس واعطيك عشرة أو ماأشبه ذلك، فيمالم يكن داخلا فى الاجارة بأن لايكون من قبيل اعقدالعقد واعطيك كذا.

(و اذا ضمن باذنه فله الرجوع عليـه بعد الاداء) فأن ادى كله رجع عليه بالكل ، وان أدى بعضه رجع عليه بالبعض (وان لم يكن) الاداء (باذنـه) بلا اشكال ولا خلاف، بل عليه دعوى الاجماع فى كلام جماعة ، وفى الجواهر الاجماع بقسميه عليه : وذلك لما دل على ان الضمان بالاذن يوجب الرجوع ولم يدل دليل على الاحتياج بعد ذلك الى الاذن ، بل لو صرح بانه ان أدى اليه لم يؤده اليه لم ينفع فى دفع الضمان ، فانـه بعد الضمان صار المضمون عنه أجنبياً وصار الدين فى ذمة الضامن ، فالواجب ادائه ، وان منع عن الاداء الاجنبي واستشهد له غير واحد بمارواه المشايخ الثلاثة، عن الحسين بن خالد قال: قلت لابي الحسن عليه السلام: جعلت فداك، قول الناس الضامن غارم ؟ قال: فقال: ليس على الضامن غرم الغرم على من اكل المال .

فان المراد ان قرار الغرم ليس على الضامن ، بل على المضمون عنه، و اطلاقه يشمل ما اذا كان الاداء بغير اذن المضمون عنه ، بل مع منعه ايضاً.

أما شمول اطلاقه للضمان بغير اذن فلا، للانصراف القطعي، ولانه خلاف سلطنة الناس، وللاجماع كما ادعاه غير واحد .

لانه بمجرد الاذن فى الضمان اشتغلت ذمته من غير توقف على شىء نعم لو أذن له فى الضمان تبرعاً فضمن ليس له الرجوع عليه لان الاذن على هذا الوجه كلا اذن .

(ولانه بمجرد الاذن فى الضمان اشتغلت ذمته من غير توقف على شىء) حتى يحتاج الى الاذن فى الاداء .

(نعم لو أذن له فى الضمان تبرعاً فضمن ليس له الرجوع عليه) سواء طلب التبرع بكل الدين أو ببعضه فأن اقدام الضامن على الضمان بدون القرار بأعطائه بدله أوجب اشتغال ذمته (لان الاذن على هذا الوجه كلا اذن) وان لم يقصد الضامن التبرع حين الضمان، أو حين الاداء .

مسألة ــ ١٣ ــ ليس للضامن الرجوع على المضمون عنهفى صورةالاذن الابعد أداءِ مال الضمان على المشهور ، بل الظاهرعدم الخلاف فيه وانما يرجع عليه بمقدار ماأدى امالان ذمة الضامنوان اشتغلت حين الضمان بمجرده الا أن ذمة المضمون عنه لاتشتغل الا بعد الاداء وبمقداره واما لانهـا تشتغل حين الضمان لكن بشرط الاداء

(مسألة ـ ١٣ ـ ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه فى صورة الاذن) غير التبرعي ، اذ قد عرفت ان الاذن بالضمان تبرعاً كلا اذن (الا بعد اداء مالالضمان على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه) نعم ، حكي عن المبسوط، حيث أفتى بأنه اذا ضمن باذنه كان له المطالبـة عن المضمون عنه بتخليصه منالدين وان لم يطالبه المضمون له، وعن العلامة فى التحريرمتابعة الشيخ.

(وانما يرجععليه بمقدار ماأدى) فلوأدى نصف الدين لم يكن لهالرجوع اليه بالكل وهكذا، وانما قال المشهور بذلك .

(اما لانذمة الضامن وان اشتغلتحينالضمان بمجرده) أي بمجردالضمان بدون الاداء ، كما تقدم من أن الضمان نقل لما فى ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن (الا ان ذمة المضمون عنه لا تشتغل) للضامن (الا بعد الاداء وبمقداره) وكأنه لاصالة عدم اشتغال ذمة المضمون عنه قبل الاداء فان الاشتغال بعدالاداء متيقن اماقبله فلا.

(واما لانها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الاداء) فالاشتغال معلقبالاداء

فالاداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه وأما لانها وان اشتغلت بمجرد الضمان الاأن جواز المطالبة مشروط بالاداءِ وظاهرهم هو الوجـه الاول وعلى أى حال لاخلاف فى أصـل الحكم وان كان مقتضى القاعدة جواز المطالبة واشتغال ذمته مـن حين الضمان في قبال اشتغال ذمة

وان حصل مقتضيه بالضمان كالنذر المعلق بشيء، حيث انه قد حصل المقتضى وانما يلزم اذا حصل المعلق عليه النذر (فالاداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه) أي حين الضمان .

(واما لانها وان اشتـغلت بمجرد الضمان الا ان جواز المطالبـة مشروط بالاداء) وأما الوجه رابع احتمله الجواهر بأن يكون اشتغال الذمة حاصلا بمجرد الضمان لكنه متزلزل فيستقر بالاداء واذا لم يحصل الاداء بطل الاشتغال وأنفسخ.

قال في المستمسك ـ فى الفرق بين هذا والاحتمال الثالث المذكور فى المتن ـ واما الاحتمال الثالث، فالظاهر منه حصول الاشتغال بمجرد الضمان و بقائه، وان لم يحصل الاداء أبداً.

(وظاهرهم هو الوجه الاول) وقدذكر غير واحد انه مقتضى القاعدة أيضاً وكان المراد بها قاعدة عدم اشتغال ذمة الانسان بشيء الا اذا علم بذلك، ولاعلم بأشتغال ذمة المضمون عنه قبل اداء الضامن، فالاصل عدم اشتغالها.

(وعلي أى حال) من الاحتمالات فى وجه عدم الرجوع اليه الا بعد الاداء وبمقداره (لاخلاف فى اصل الحكم) كما عرفت (وان كان مقتضى القاعدة جواز المطالبة واشتغال ذمته) ذمة المضمون عنه (من حين الضمان فى قبال اشتغال ذمة

الضامن سواء أدى أولم يؤد

الضامن) فان الضامن لما ضمن بالاذن كان معناه نقل مافى ذمة المضمون عنه الى ذمة نفسه فى قبال اشتغال ذمة المضمون عنه بقدر ذلك الضمان.

(سواء أدى أولم يؤد) فأن بالضمان فرغت ذمة المضمون عنه عن الدين فى قبال ملاء ذمته للضامن، اللهم الاان يقال: أن هناك اشتغالين وأدائين، مثل البيع، فانه بعد البيع يشتغل كل انسان بأداء مال الاخر اليه، فان أدى حق له ان يأخذ والا فلا حق، وهنا تشتغل ذمة الضامن فى قبال اشتغال ذمة المضمون عنه، لكن أداء المضمون عنه لايكون الا باداء الضامن فليس مقتضى القاعدة ألا ماذكروه لا ماذكره الماتن.

و لذا اشكل عليه غير واحد لا لما ذكره السيد الجمال معللا للقاعدة ـ المؤيدة للمشهور ـ بان أذن المضمون عنه فى الضمان عنه أو اداء دينه و نحو ذلك لايوجب شيئاً من حيث نفسه، بل كونه استيفاءاً لمال الضامن ونحوه فى أداء دينه هو الموجب لاشتغال ذمته بما استوفاه ، وظاهر أن قضية ذلك هو الاشتغال بعد الاداء وبمقداره ـ انتهى .

اذيرد عليه ان الضمان يوجب ذلك لما عرفت من قضية المبادلة ، ولذاقال السيد الحكيم : الاشكال فيه ظاهر مما عرفت فان أداء الضامن للمال لايرتبط بالمضمون عنه بوجه، وانمايرتبط بالضمان وبه فراغ ذمته. وأما مايرتبط بالمضمون عنه ويكون به فراغ ذمته من ثقل الدين فهوضمان الضامن وهو الذى اذن له فيه وأمره به وبنفس الضمان تكون الخسارة المالية على الضامن وهي بأمر المضمون عنه فيكون ضامناً ـ انتهى .

فالحكم المذكور على خلاف القاعدة ثبت بالاجماع وخصوص الخبر

وبذلك يظهر ، ان سكوت ابن العم وتأييد السيد البروجردي للماتن غير ظاهر الوجه قال ثانيهما عند قوله [مقتضى القاعدة] : هذا هو الاقوى ، ولا اجماع ولا خبر على خلافه وهو مختار الشيخ وجماعة ، نعم خالفه العلامة واشتهر بعده ـ انتهى .

(ف) ليس (الحكم المذكور) بعدم الرجوع الأبعد الاداء (على خلاف القاعدة) بل طبقها ، وقد (ثبت) أيضاً (بالاجماع) المتقدم نقله .

(وخصوص الخبر) الذي دل عليه وهو خبر الحسين بن خالد الذي رواه المشايخ الثلاثة ، عن أبي الحسن عليه السلام ، قلت له : جعلت فداك ، قول الناس الضامن غارم ؟ فقال : ليس على الضامن غرم الغرم على من أكل المال[(١)].

بناءاً على دلالته على ان استقرار الغرم على المضمون عنه فلا غرم عليه قبل اداء الضامن .

وموثق عمر بن يزيد قال : سألت أباعبدالله عليه السلام ، عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه ؟ قال : ليس له الا الذي صالح عليه[(٢)]. ونحوه موثق عبدالله بن بكير ، عن أبي عبدالله عليه السلام[(٣)].

لكن الاجماع والنص لم يدلا على عدم الاستحقاق ، وانما دل الاجماع

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٤٩ الباب ١ من أبواب أحكام الضمان ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٣ الباب ٦ من أبواب أحكام الضمان ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٣ الباب ٦ من أبواب أحكام الضمان ح ٢ .

عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه قال : ليس لـه الا الذى صالح عليه بدعوى الاستفادة منه أن ليس للضامن الا ماخسر

على عدم الرجوع خارجاً ، وعدم الرجوع غير عدم الاستحقاق بل ظاهر عبارة الشرائع وجود الاستحقاق قال : اذا ضمن عنه ديناراً باذنه فدفعه الى الضامن، فقدقضى ماعليه، وظاهره اشتغال ذمة المضمون عنه بمجرد الضمان بالاذن ، لانه لا اشتغال الابالاداء .

ولذا قال المستمسك : ان الاجماع على عدم جواز رجوع الضامن الابما اداه، وكذا النص لم يدلا على نفي استحقاق الضامن بمجرد ضمانه ، فان الاجماع دل على عدم جواز المطالبة قبل الاداء، والخبر يدل على ان الضامن بعدان يغرم تكون غرامته على المضمون عنه ولولاجل كونه مشغول الذمة بذلك من الاول أما لانه لاتشتغل ذمته قبل الاداء فلا دلالة له عليه ـ انتهى .

وعليه فالخبر المتقدم (عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه قال : ليس له الا الذي صالح عليه)[1] لادلالة له على قول المدعى بعدم الرجوع الابعد الاداء ، و ان قيل بالدلالة .

(بدعوى الاستفادة منه أن ليس للضامن الاما خسر) وجه عدم الدلالة انه يدل على انه ليس للضامن الا مقدار ما أعطى ، ولاتلازم بين ذلك ، وبين عدم اشتغال ذمة المضمون عنه الابعد الاداء ، فالمورد مثل عدم استحقاق البائع من المشتري الامقداراً من الثمن يكون في قبال بعض المبيع الذي يؤديه اليه ،

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٣ الباب ٦ من أبواب أحكام الضمان ح ١ .

ويتفرع على ماذكروه أن المضمون له لو أبرء ذمة الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلا

فاذا باعه مناً بدرهمين واعطاه نصف من استحق درهماً ، ولادلالة في ذلك على عدم اشتغال ذمة البائع بالبيع كل المبيع، فقد استحق الضامن على المضمون عنه كل المـال في قبال اعطائه كل المـال للمضمون له ، فـاذا اعطى بعضه للمضمون له ولو بالمصالحة لم يستحق عن المضمون عنه الا أخذ مقدار مااعطى .

والحاصل : ان المصنف يقول : ليس للضامن الرجوع الابعد الأداء لعدم اشتغال ذمة المضمون عنه قبل اداء الضامن ، هذا هو الذي ذكره المشهور، و دل عليه الاجماع والنص ، وان كان على خلاف القاعدة .

وفيه أولا : ان الحكم ليس على خلاف القاعدة .

وثانياً : ذمة المضمون عنه مشغولة : بمجرد الضمان لابأداء الضامن .

و ثالثاً : ان النص و الاجماع بعدم رجوع الضامن الا بما أدى لايدلان على نفي استحقاق الضامن بمجرد ضمانه ـ كما تقدم وجه عدم الدلالة ـ .

(و) كيف كان (يتفرع على مـا ذكروه) من ان الضامن لايرجع على المضمون عنه الابما أدى ـ في قبال احتمـال المصنف [الذى جعله مقتضى القاعدة] من الرجوع بمجرد الضمان أدى أولم يؤد ـ (أن المضمون له لو أبرء ذمة الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلا) وهذا يصح أيضاً على ما ذكرناه من ان الاداء في قبـال الاداء ، و ان اشتغلت ذمة المضمون عنه بمجرد الضمان .

وان أبرئه من البعض ليس له الرجوع بمقداره وكذا لو صالح معه بالاقل -كما هو مورد الخبر- وكذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعاً فأدى فانه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه وان كان باذنه وكذا لو وفاه عنه غيره تبرعاً .

(و ان أبرئه من البعض ليس له) للضامن (الرجوع) على المضمون عنه (بمقداره) أي بمقدار ما ابرئه، لانه لم يؤد الاذلك المقدارفقط ، فليس للضامن أكثر مما أعطى .

(و كذا لو صالح) الضامن (معه) مع المضمون له (بالاقل) فله ان يأخذ من المضمون عنه ذلك المقدار الاقل (- كما هو مورد الخبر -) المتقدم .

(وكذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعاً فأدى) :

١ - كله ، فلا يحق للضامن الاول ان يأخذ من المضمون عنه شيئاً (فانه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه) بشيء (وان كان) الضمان (باذنه) .

٢ - أو أدى بعضه وأدى البعض الاخر الضامن الاول ، فان الضامن الاول حيث يؤدى بعض المال ليس له ان يأخذ من المضمون عنه الا بقدر ذلك البعض .

(وكذا لو وفاه عنه غيره تبرعاً) لان الضامن لم يعط شيئاً، وقدكان أخذه من المضمون عنه باعتبار انه أعطى ، فاذا لم يعط لم يأخذ .

نعم ، ينبغي ان يستثنى من ذلك كله ما اذا كان عطاء الاجنبي عن الضامن حيث يعد عطاء الضامن ، فقد اعطى الضامن ـ بسبب غيره ـ فله ان يأخذ من المضمون عنه ، كما تأتي الاشارة الى ذلك ، و من الواضح ان الاجماع و النص ليسا في مثل هذا المورد ، فلا يشمله الاجماع و النص لاينسحب اليه بالمناط ، وسيأتي مسألة ما لو أدى الدين مؤدى من باب الزكاة أو الخمس مثلا.

* * *

مسألة ــ ١٤ ــ لوحسب المضمون لـه على الضامن ماعليـه خمساً أو زكاة أو صدقة فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه ولايكون ذلك فى حكم الابراء

(مسألة ـ ١٤ ـ لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمساً أوزكاة أو صدقة فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه) لان الاحتساب للضـامن حاله حال دفع الضامن ، وأى فرق بين ان يدفع المضمون له خمسه وزكاته و صدقته للضامن ثم يدفعها الضامن اليه من باب دينه الضمانى، وبين ان يحتسبها عليه فلا يأخذ منه .

(و) عليه فـ (لايكون ذلك في حكم الابراء) أو المصالحة ممـا لم يدفع الضامن شيئاً فليس له الاخذ من المضمون عنه ، بل ذلك مثل احتسابه عليه من باب الارث الذى لاب الضامن عند المضمون له فيأخذه المضمون له من باب طلبه من الضامن .

وبذلك يظهر وجه النظر في كلام الجواهر ، حيث قال : لعله كذلك غير جازم بالحكم واشكل عليه في المستمسك بانه لايخلو من اشكال ، اذ لاغرم من الضامن ليكون على المضمون عنه ، فان الغرم فيه على مستحق الزكاة مثلا ، لاعلى الشخص المذكور .

اذ فيه : ان الغرم محتمله الضامن فانه لولا دينه اعطاه الزكاة وبعد ماذكرناه من الدليل لكلام الماتن ، لاحاجة الى ما ذكره المستمسك بقوله : اللهم الا ان نقول : ان القاعدة تقتضي اشتغال ذمة المضمون عنه بمجرد الضمان بأمره و لم يثبت في المقام ما يقتضي الخروج عنها والحاقه بمورد النص غير ظاهر الى

وكذا لو أخذه منه ثم رده عليه هبة وأما لو وهبه مافى ذمته فهل هـو كالابراء أولا ؟ وجهـان

آخر كلامه ، اذ ليس الكلام في اشتغال الذمة ، وانما الكلام في ان الاحتساب هل هو كالابراء فلا يكون للضامن الرجوع أو كالاداء فله الرجوع .

(و) مما تقدم يعلم وجه قوله : و(كذا) يكون في حكم الاداء ، لا الابراء (لو أخذه) المضمون عنه (منه) من الضامن، وفاءاً (ثم رده عليه هبة) كما قربه التذكرة وغيره وتبعه الجواهر، لان أخذ المضمون له أوجب حق الضامن في الاخذ من المضمون عنه .

أما الهبة بعد ذلك فليس له دخل بـالابراء حتى يسقط عن المضمون عنه فانها كرده الى الضامن جعالة أو صدقة أو زكاة أو خمساً أو مظالم أو ما أشبه ومثلها اذا ورثه الضامن .

(وأما لو وهبه ما فيذمته فهل هو كالابراء أولا ؟ وجهان) .

الاول : ان له الرجوع، لانه كمااذا وهبه خارجاً بقدره ثم اخذه منهوفاءاً لدينه فقد غرم الضامن اذ لو اعطاه الهبة، ثم أخذها منه كان غرماً منه، وكذلك هنا، ولذا جعله غير واحد من المعلقين أقرب .

والثاني: ان لاحق له في الرجوع لانها كالابراء، لان البرائة لم تكن بمال الضامن، والاول هو مقتضى القاعدة لما عرفت في وجه الاول، و جماعة من المعلقين كالسيدين ابن العم والبروجردي سكتوا على المتن مظهرين ترددهم في المسألة كالمصنف.

ولو مات المضمون له فورثه الضامن لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه .

(و لو مات المضمون له فورثه الضامن لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه) لاينبغى الاشكال في ذلك، لان الارث مال للضامن تلف بسبب الضمان فلا وجه لعدم رجوعه الى المضمون عنه .

ومنه يعلم، انه ما كان ينبغي له تردده في الهبة وجزمه هنا،لان كليهما مال للضامن حصله هبة أو ارثاً، فاللازم الجزم بالحق في الرجوع في الهبة أيضاً، كما انه لاينبغي للمستمسك جعل الارث مبنياً على المبنيين الذين ذكرهمافراجع كلامه .

مسألة ـ ١٥ ـ لو باعه أو صالحه المضمون له بما يسوى أقل من الدين أو وفاه الضامن بمايسوى أقل منه فقدصرح بعضهم بأنه لايرجع على المضمون عنه الا بمقدار مايسوى

(مسألة ـ ١٥ ـ لوباعه أو صالحه المضمون له بما يسوى أقل من الدين) بان باع المضمون له، الضامن، بأقل، أو صالحه كذلك، مثلا كان يطلب الدائن فرساً من المضمون عنه يسوى بمأة، فلما ضمنه الضامن باع المضمون له الضامن الفرس بخمسين .

و منه يعلم ، ان قول المستمسك : الظاهر ان أصل العبارة [لو باع أو صالح] وفاعله ضمير الضامن كما يظهر بالتأمل ـ انتهى ، غير ظاهر .

(أو وفاه الضامن بما يسوى أقل منه) مثل ان كان يطلب منه مناً من الحنطة الجيدة فوفاه بمن من الحنطة الرديئة ، حيث كانت قيمة الرديئة أقل من قيمة الجيدة، وقبل بذلك المضمون له .

(فقد صرح بعضهم) الشرائع والقواعد والتذكرة والمسالك وغيرهم ـ كما حكي عن بعضهم ـ (بأنه لايرجع على المضمون عنه الا بمقدار مايسوى) واستدلوا عليه بموثقتي عمر بن يزيد وعبد الله بن بكير المتقدمتين ، بتقريب انه لم يعط الا هذا فلا حق له في ان يأخذ الا ما أعطى .

قال في محكي التذكرة : لو صالح عن ألف على عبد يساوي ستمأة لم يرجع الا بستمأة ـ انتهى .

وما ذكروه هو مقتضى القاعدة ، و الخبر كما تقدم عند جعل المصنف

وهو مشكل بعد كون الحكم على خلاف القاعدة وكون القدر المسلم غير هذه الصور وظاهر خبر الصلح الرضا من الدين بأقل منه لا ما اذا صالحه بما يسوى أقل منه .

مقتضى القاعدة على خلاف الخبر، وهذا هو الذى اختاره أغلب المعلقين ومنهم السادة البروجردى وابن العم والجمال .

وقال في المستمسك: ظهور الخبر فيما يشمل هذا الفرض الذي ذكروه لايقبل الانكار، وقد نفى الخلاف عن انه لايجب على المضمون عنه ان يدفع الى الضامن أزيد مما دفعه الى المضمون له ـ انتهى .

ومنه يعلم ان قول المصنف : (وهو مشكل بعد كون الحكم على خلاف القاعدة) غير ظاهر الوجه ، وقد تقدم ان الحكم على وفق القاعدة، لان الاداء لايكون الا بمقدار الاداء .

(و) عليه فادعاء (كون القدر المسلم غير هذه الصور) ممنوع (وظاهر خبر الصلح) كما يشمل (الرضا من الدين بأقل منه) كذلك (لا) غبار في شموله (ما اذا صالحه بما يسوى اقل منه) ولذا تقدم من المستمسك: ان شموله لايقبل الانكار ، ولو باعه مايساوي الدين ، ثم أخذ منه أقل ، فهل يأخذ من المضمون عنه كاملا أو بمقدار ما اعطى المضمون له ؟ احتمل الامرين في محكى التذكرة والمسالك مال الى رجوعه عليه بمايساوى الدين، وفى المستمسك نقل القولين بلا ترجيح ، والظاهر أقربية ما ذكره المسالك ، لانه ليس ابراءاً عن الدين ، بل اعطاء من المضمون له للضامن في معاملة مستقلة .

وأمالو باعه أو صالحه أو وفاه الضامن بما يسوى أزيد فلااشكال فى عدم جواز الرجوع بالزيادة .

و لو مات الضامن فعمل وارثه مع المضمون له الاعمال السابقة من هبة و ابراء وما أشبه ، أو مات المضمون له فعمل الضامن مع ورثة المضمون له الاعمال السابقة كان الحكم كالسابق في جميع الفروع، لان العلة في المقامين لتلك الاحكام واحدة .

(وأما لو باعه أو صالحه أو وفاه الضامن بما يسوى أزيد فلا اشكال في عدم جواز الرجوع بالزيادة) على المشهور ، بل لم نجد خلافاً فيه لابين من ذكره ولابين المعلقين ، فان كلهم سكتوا على الماتن، وذلك لوضوح ان الضامن متبرع بالزيادة بدون أمر المضمون عنه، فلا وجه لاخذها من المضمون عنه بعد ان لم يشمل الضمان الزائد .

نعم ، تأتي هنا المسألة الاقتصادية التي المعنا اليها في (الفقه : الاقتصاد) من ان قيمة النقد لو تنزلت بما اضطر الضامن اعطاء الزيادة ، كان مقتضى الاقتصاد السليم اعطاء الزائد فله الرجوع بها على المضمون عنه ، مثلا: ضمن مأة فيما كانت المأة تسوى داراً وعند الاداء ارتفعت الاسعار بالضعف مما اضطر الى اعطائه مأتين ـ لان المعاملات العقلائية على المبادلات بين الاشياء والنقد واسطة فقط، فانه يحق له أخذ المأتين، ويكون العكس فيما اذا تنزلت الاسعار حتى صارت القيم على النصف ، حيث يعطيه خمسين و يأخذ منه خمسين فقط لكن المسألة في مواردها المختلفة السيالة تحتاج الى مزيد من التأمل.

* * *

مسألة ـ ١٦ ـ اذادفع المضمون عنه الى الضامن مقدار ما ضمن فان كان ذلك بعنوان الامانة ليحتسب بعد الاداءِ عماله عليه فلا اشكال ويكون فى يده أمانـة لايضمن لو تلف الا بالتعدى أو التفريط وان كان بعنوان وفاء ماعليه فان قلنا باشتغال ذمته حين الضمان وان لم يجب عليه دفعه الا بعد أداء الضامن

(مسألة ـ ١٦ ـ اذا دفع المضمون عنه الى الضامن مقدار مـا ضمن) أو أقل منه ، أو أكثر ، لان الاحكام الاتية لاتختلف من هذه الجهة ، وان اختلفت في لزوم اعطاءِ الناقص ، واستيفاء الزائد ، وذلك خارج عن محل الكلام .

(فان كان ذلك بعنوان الامانة ليحتسب بعد الاداء عماله عليه فلا اشـكال) في انه يشمله دليل الامـانة باحكامهـا ، مثل ان تلفها بدون تعد أوتفريط مـن كيس الودعي ، لاالامين ، الى غير ذلك من الاحكام .

(ويكون في يده أمانة لايضمن لو تلف الابالتعدى أو التفريط) و لو نمى كان نمائه للمالك الى غير ذلك (و ان كان بعنوان وفاء ما عليه فان قلنا باشتغال ذمته حين الضمان) لانه في قبال اشتغـال ذمة الضامن بما في ذمة المضمون عنه .

(وان لم يجب عليه دفعه الا بعد اداء الضامن) لان الاداء فى قبـال الاداء، كما فى البيع، حيث ان الملك فى قبال الملك، والاداء فى قبـال الاداء، كما تقدم اختياره وقلنا انه مقتضى القاعدة .

أوقلنا باشتغاله حينه بشرط الاداء بعد ذلك على وجه الكشف فهو صحيح ويحتسب وفاءاً لكن بشرط حصول الاداءِ من الضامن على التقدير الثاني وان قلنا انه لاتشتغل ذمته الا بالاداءِ من حينه ــ كما هو ظاهر المشهور ــ فيشكل صحته وفاءاً لان المفروض عدم اشتغال ذمته بعد فيكون في يده كالمقبوض بالعقد الفاسد

(أوقلنا باشتغاله حينه بشرط الاداء بعد ذلك على وجه الكشف) وهذا غير تام، اذ لايدل عليه نص ، ولا انه مقتضى القاعدة (فهو صحيح ويحتسب وفاءاً) منتهى الامر وفاء المضمون عنه قدم على وفاء الضامن كما اذا وفى أحد المتبايعين ما عليه قبل وفاء الاخر.

(لكن بشرط حصول الاداء من الضامن على التقدير الثاني) الكشف الذي لم نقل به (وان قلنا انه لا تشتغل ذمته الا بالاداءِ من حينه ـ كما هو ظاهر المشهور ـ) وان لم نقل به نحن تبعاً لظاهر الشرائع ، ومن المعلقين السيد البروجردي ولذا قال عند قول المصنف [فان قلنا بأشتغال ذمته حين الضمان]: وهو الاقوى.

(فيشكل صحته وفاءاً لان المفروض عدم اشتغال ذمته بعد فيكون في يده كالمقبوض بالعقد الفاسد) كما ذكره التذكرة في محكي كلامه ،فاللازم عليه رده، حيث ان مقتضى المقبوض بالعقد الفاسد ذلك، وهذا هو الذي يظهر من كافة المعلقين الذين سكتوا على المتن، خلافاً للسيد الجمال ، حيث انه تبع المسالك في جعله كالمقبوض بالسوم قال: لودفعه بدلاً عما ضمنه عنه، فلايبعد

وبعد الاداء ليس له الاحتساب الا باذن جديد أو العلم ببقاء الرضا به

ان يكون كالمقبوض بالسوم ، ويملكه الضامن بنفس الاداء بلا حاجة الى اذن جديد ـ انتهى .

في قبال قول المصنف: (وبعد الاداء ليس له الاحتساب الا بأذن جديد أو العلم ببقاء الرضا به) والظاهر انه ليس مراده اذناً جديداً انشائياً، بل الاعم من ذلك ومن بقاء الاذن السابق فلايستشكل عليه بما قاله المستمسك من انه لاحاجة إلى الاذن الجديد، بل يكفي بقاء الاذن السابق.

أما توجيه المستمسك لكلام السيدالجمال بما ذكره فغير ظاهر الوجه بعد تصريحه بانه كالمقبوض بالسوم.

ثم انه اذا دفع اليه قبل الاداء أمانـة، ثم لم يدفع اليـه بدل ما دفعه الى المضمـون عنه كان من حقه ان يحتسب المدفوع امانـة تقاصاً ، ان قلنا بصحة التقـاص عن الامانة، كما اخترناه في بعض مباحث [الفقه] .

ولو دفعه وفاءاً ـ على تقدير عدم صحة الوفاء حين الدفع ـ ثم دفع الضامن مما استحق أخذه من المضمون عنه ولم يأذن له المضمون عنه في أخذه وفاءاً بعد دفع الضامن، فأن دفع المضمون عنه غيره أرجعه الضامن اليه ، والا جاز له ان يأخذ ماعنده تقاصاً، لاطلاق أدلة التقاص، بلا اشكال هنا، ولو لم يدفع الضامن الى المضمون له جاز للمضمون له أخذه من مال الضامن تقاصاً ويأتي هنا المسألة التي تقدمت في بعض المباحث السابقة من احتياج التقاص الى تعذر جبر الحاكم للابي أو عدم احتياجه .

مسألة ــ ١٧ ــ لو قال الضامن للمضمون عنه : ادفع عني الى المضمون له ماعلي من مال الضمان فدفع برئت ذمتهما معاً أما الضامن فلانه قد أدى دينه وأما المضمون عنه فلان المفروض أن الضامن لم يخسر والا وجه أن يقال : ان الضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء دينه فقد اشتغلت ذمته بالاداء

(مسألة ـ ١٧ ـ لوقال الضامن للمضمون عنه : ادفع عني الى المضمون له ماعلي من مال الضمان) كلا أو بعضاً (فدفع برئت ذمتهما معاً) قاله الشرائع وعلله المسالك قائلا: اما الضامن فلوفاء دينه، وأما المضمون عنه فلان الضامن لم يغرم فلا يرجع عليه .

والى هذا اشار المصنف بقوله: (أما الضامن فلانه قد ادى دينه) فان دفع المضمون عنه بمنزلة دفعه كما في سائر امثال ذلك من الاوامر، مثل ان يقول: ادفع عني المتاع الى البائع، او بدل القرض الى المقرض أو ماأشبه ذلك .

(وأما المضمون عنه فلان المفروض أن الضامن لم يخسر) شيئاً فلا يرجع الى المضمون عنه

ثم ان المسالك قال: ويمكن اعتبار التقاص القهري لثبوت مادفعه المديون في ذمة الضامن لانه المديون وقد اذن له في وفائه وثبوت مثله في ذمة المضمون عنه لادائه فيتقاصان .

وجعل المصنف هذا الوجه هو الاوجه قائلا: (والاوجه أن يقال: ان الضامن حيث امر المضمون عنه بأداء دينه فقد اشتغلت ذمته بالاداء) بعد ان اداه المضمون عنه الى المضمون له .

والمفروض أن ذمـة المضمون عنه أيضاً مشغولة له حيث انه أذن له في الضمان فالاداء المفروض موجب لاشتغال ذمة الضامن من حيث كونه بأمره ولاشتغال ذمـة المضمون عنه ، حيث ان الضمان باذنه وقد وفى الضامن فيتهاتران أو يتقاصان واشكال صاحب الجواهر في اشتغال ذمة الضامن بالقول المزبور

(والمفروض ان ذمة المضمون عنه أيضاً مشغولة له حيث انـه اذن له في الضمان فالاداء المفروض) أداء المضمون عنه عن الضامن (موجب لاشتغال ذمة الضامن من حيث كونه) كون الاداء (بأمره) وقد سبق ان الامر يوجب الاشتغال.

(ولاشتغال ذمة المضمون عنه ، حيث ان الضمان بأذنه وقد وفى الضامن) لانه أمر غيره بأداء المال، فأداء المضمون عنه يسبب الاشتغالين ـ لكن لا يخفى ان اداء المضمون عنه عن الضامن وبأمر الضامن لا يسبب اشتغال ذمة المضمون عنه، لما تقدم ان اشتغال ذمة المضمون عنه انما يكون بالضمان بأمره لا بالاداء ـ (فيتهاتران) لتساوي دين كل على الاخر وادلة وجوب اداء الدين لا يشمل ما اذا كان على كل منهما مثل ما على الاخر.

(أو يتقاصان) كأن المصنف تبع في تسمية هذا بالتقاص المسالك ، حيث جعل الباب من التقاص القهرى و الا فليس الباب من التقاص ، بل من التهاتر كما اشار اليه غير واحد من المعلقين.

(واشكال صاحب الجواهر) على المسالك (في اشتغال ذمة الضامن بالقول المزبور) حين قال للمضمون عنه: اد عني الدين ، حيث قال الجواهر: ان في

فى غير محله .

كلام المسالك ان اداء دين الضامن المأذون بمال المضمون عنه بأذن الضامن لايقتضي اشتغال ذمة الضامن بمثله ، اذ ليس هو قد صار بذلك قرضاً عليه مع عدم قصده و عدم توقف وفاء الدين على كونه مملوكاً للمديون، كما انه لا يستحق رجوعاً على المضمون عنه، لعدم حصول الاداء منـه فلا تقاص حينئذ لعدم ثبوت المالين فى ذمة كل منهما فتأمل .

(فى غير محله) لان الجواهر حصر الامر في كون اداء المضمون عنـه قرضاً على الضامن ، أو كون الوفاء بالشيء المملوك للضامن ـ وحيث ليس أحد الامرين ، اذ ما يعطيه المضمون عنه للمضمون له ليس بقصد القرض على الضامن ، كما انه ليـس بمملوك للضامن ، فلا وجه لضمان الضامن لما أداه المضمون عنه بأمر الضامن ـ مع ان وجه ضمان الضامن ليس أحد الامرين، بل أمر ثالث وهو ان الضامن أمر المضمون عنه بالاداء ، والامر يوجب الضمان كما لو قال للخبـاز : اعط خبـزاً للفقير على ما تقدم ، و عليه فالضامن مدين للمضمون عنه بالامر بالاداء والمضمون عنه مدين للضامن ، حيث أمر الضامن بالضمان ،وحيث يتساوي الدينان كان ذلك يقتضي التـهاتر ، كما انه يرد على قول الجواهر [كما انه لا يستحق رجوعاً الخ] ان اداء المضمون عنه لما كان بأمر الضامن فقد حصل الاداء من الضامن وبأداء الضامن يستحق الرجوع الى المضمون عنه .

* * *

مسألة ـــ ١٨ ـــ اذا دفع المضمون عنه الى المضمون لـه من غير اذن الضامن برئا معاً كما لو دفعه أجنبى عنه .

(مسألة ـ ١٨ ـ اذا دفع المضمون عنه الى المضمون له) الدين (من غير اذن الضامن) وأمره (برئا معاً) أمابرائة الضامن فلانه‌لم يبق موضع لدينه الذى ضمنه، وأمابرائة المضمون عنه فلان الضامن لم يؤد شيئاً، حيث يرجع‌به الى المضمون عنه ، وقد تقدم ان الضامن انما يرجع الى المضمون بقدر مايؤديه .

ويكون الحال :

(كما لو دفعه أجنبي عنه) أي عن الضامن ، في برائتهما معاً، ولافرق في الحكم بين قصد رجوع المضمون عنه الى الضامن وعدم قصـده ، وقد ذكر هذا الفرع المحقق و العلامة وغيرهمـا ، بل في الجواهر انـه لاخلاف فيه ولا اشكال .

نعم ، اذا أداه‌المضمون عنه عن الضامن من‌باب الخمس أوالزكاة‌احتساباً على الضامن كان للضامن الرجوع الى المضمون عنه، على ماتقدم فى المسألة الرابعة عشرة .

مسألة ــ ١٩ ــ اذا ضمن تبرعاً فضمن عنه ضامن باذنه وأدى ليس له الرجوع على المضمون عنه بل على الضامن بل وكذا لو ضمن بالاذن يضمن عنه ضامن باذنـه فانه بالاداء يرجع الى الضامن الاول ويرجع هو على المضمون عنه الاول .

(مسألة ــ ١٩ ــ اذا ضمن) الضامن دين المضمون عنه (تبرعاً) بدون اذنـه وأمـره (فضمن عنه ضامن) ثان (باذنــه) اذن الضامن الاول (وأدى) الضامن الثاني الدين (ليس لـه) أي للضامن الثانى (الرجوع على المضمون عنـه) أي المديون الاصلى، وانما ليس له الرجوع عليه، لان الضامن الثانى لم يضمن عن المديون، بل ضمن عن الضامن الاول ، فلاموجب لرجوع الضامن الثانى الى المديون .

(بل) يرجع الضامن الثانى (على الضامـن) الاول ، لان الاول أمـر الثاني بالضمان عن الاول، ولاحق للضامن الاول بعد الاداء ان يرجع الى المديون، لانه تبرع بالضمان ، وقد سبق ان التبرع بالضمــان لايوجب اشتغال ذمـة المضمون عنه .

(بل وكذا) لاحق للضامـن الثانى ان يرجع الى المديون (لو ضمـن) الضامـن الاول عن المضمون عنه (بالاذن) والامـر من المضمون (يضمن عنه ضامن باذنه فانه بالاداء) بأداء الثانى (يرجع الى الضامن الاول) لانه طرفه .

(ويرجع هو) الضامن الاول (على المضمون عنهالاول) أىالمديون ،وقد تبين بذلك أحكام الصور الاربع من كون كلا الضمانين بالامر ، أو عدم الامر فيهما، أوكون الامرفي أحدهما دون الاخر.

مسألة ـ ٢٠ ـ يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضى المضمون له وكذا يجوز أن يضمنه بأكثر منه

(مسألة ـ ٢٠ ـ يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضى المضمون له) فقد يضمن الاقل من الابتداء، وهذا ضمان بعض الدين وقد يتصالح معه بالاقل بعد ان ضمن الكل، وهذا ماتقدم الكلام منه ، وقد يضمن بالاقل ، وهذا قد يكون باسقاط الزائد عن المديون، وقد يكون باسقاط الزائد عن الضامن، وقديكون بالمبادلة بين الزائد والناقص من قبيل اشتراء مايسوى بألف ، بتسعمأة ، فاذا اسقط الزائد عن المديون كان الضمان بقدر الدين ، واذا أسقط الزائد عن الضامن كان كما تقدم من انه لاحق له في الرجوع الى المضمون عنه الا بمقدار ماأعطى، واذا بدل لم يكن من الضمان المصطلح لانه نقل ما في الذمة ، وانما يكون عقداً جديداً لابأس به لشمول [أوفوا بالعقود] له .

قال في المستمسك ـ بعد اشكاله في كونه ضماناً مصطلحاً ـ : اللهم الا ان يكون المراد من الضمان في المقام مفهوماً آخر، وهو اثبات بدل مافي الذمة في ذمة اخرى أقل منه أو اكثر ، ولابأس بالبناء على صحته عملا بعمومات الصحة ، ولايكون من الضمان الاصطلاحي، ولاتجرى عليه أحكامه الامايقتضيه العمومات .

(وكذا يجوز أن يضمنه بأكثر منه) أما على سبيل الشرط ، أو على سبيل المبادلة على ماتقدم في الاقل منه ، ومنه يعلم ان اشكال السيدين ابن العم والبروجردي في الاكثر محل اشكال .

وفى الصورة الاولى لايرجع على المضمون عنه ـ مع اذنه فى الضمان ـ الا بذلك الاقل كما أنه فى الثانية لا يرجع عليه الا بمقدار الدين الا اذا أذن المضمون عنه فى الضمان بالزيادة .

(وفي الصورة الاولى لايرجع على المضمون عنه ـ مع اذنه فى الضمان ـ) اذ بدون اذنه لارجوع أصلا (الابذلك الاقل) على ماتقدم من ان الزائد، حيث لم يؤده لم يرجع الابما أدى .

نعم، اذا كان على سبيل المبادلة ـ مماليس ضماناً اصلاحياً ـ وبدل الدين بالاقل مع اشتراط ان يعطيه المضمون عنه كاملا صح ، لقاعدة العقد وقاعدة الشرط .

(كما أنه في الثانية) وهي الضمان بأكثر منه (لايرجع) الضامن (عليه) على المضمون عنه (الا بمقدار الدين) لان الضامن لايرجع الى المضمون عنه الا بمقدار دينه ، حيث انه الذي انتقل من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن .

نعم ، ان كان الشرط على المضمون عنه ضمانه اعطاء الضامن الزائد كان للضامن ذلك من باب الشرط ، كماتقدم مثله فى صورة الضمان بالاقل .

واليه أشار بقوله : (الا اذا أذن المضمون عنه فى الضمان بالزيادة) حيث ان الامر والاذن أوجب استحقاقه لما اعطاه زائداً .

ومنه يعلم ، حال ماذا أعطى للمضمون له المساوى وطلب من المضمون

عنه الزائد على ذلك بالشرط، أواعطاه أقل وطلب المساوى ، أو الأكثر ،كما يظهر حال بقية الاقسام الحاصلة من ضرب اعطاء الاقل أو المساوى أو الاكثر فيتطلب الاقل أوالمساوي أو الاكثر مما هى تسع حالات .

مسألة ـ ٢١ ـ يجوز الضمان بغير جنس الدين كما يجوز الوفاء بغير الجنس وليس له أن يرجع على المضمون عنه الا بالجنس الذى عليه الا برضاه .

(مسألة ـ ٢١ ـ يجوز الضمان بغير جنس الدين) كان يضمن الفرس بالشاة أوالدينار بالدرهم ، أو العروض بالنقد ، وهكذا ، ويصح هذا من باب المبادلة ، كمايصح من باب اشتراط الاداء من غير الجنس ، ففي الاول يدخل البدل في ذمة الضامن ، وفي الثاني يدخل الاصل ، ولكن الشرط تبديله عند الأداء ، وهذا القسم يصح أما من باب عقد جديد ، أومن باب قاعدة الشرط نظير اشتراط الاداء من مال معين ، كما سيأتي (كما يجوز الوفاء بغير الجنس) بالتراضي ، كما ان كل مدين له الوفاء بغير الجنس مع رضى الدائن فانه نوع مبادلة ومراضاة ولذاقال المستمسك: بلااشكال، وسكت عليه من وجدته من المعلقين .

(وليس له أن يرجع على المضمون عنه الابالجنس الذي عليه) لانه انما أمر بذلك فلاوجه لاشتغال ذمته بماأدى ، واستدلال المستمسك عليه بقوله عليه السلام : ليس له الاالذى صالح عليه محل نظر ، لان الاطلاق ليس في هذا السبيل ، بل المنصرف جهة الكمية لاالكيفية والالزم ان يأخذ منه فرساً في قبال ضمانه الحمار اذا أعطاه الفرس بدل الحمار ، وذلك خلاف القاعدة .

(الابرضاه) بعدالاعطاء، أوبشرطه عليه بأخذه منه ماأعطاه عندأمره بالضمان عنه ، فيصح من باب الشرط .

* * *

مسألة ــ ٢٢ ــ يجوز الضمان بشرط الرهانة فيرهن بعد الضمان،

(مسألة ـ ٢٢ ـ يجوز الضمان بشرط) ماعلى الضامن ، أو المضمون عنه ، أو المضمون له ، والشرط على الضامن أو المضمون له يصح ، لانه في ضمن عقد الضمان، فيشمله دليل الشرط ، أما الشرط على المضمون عنه أو له فانما يصح في غير الضمان التبرعي .

أما الصحة في غير التبرعي فلانه حيث أمر كان له الشرط ،كما كان عليه الشرط اذا قبل الضامن بشرط على المضمون عنه ، فان دليل الشرط يشمله ، وليس وعدا من أحدهما على الاخر، كما تقدم نحو هذا البحث في بعض المسائل السابقة .

وأما عدم صحة الشرط له أو عليه في الضمان التبرعي فواضح لانه ليس هناك عقد ولا أمر فلا مجال للشرط ، كما اذا تبرع الضامن بشرط ان يخيط المضمون عنه ثوب الضامن مثلا .

ومما تقدم يعرف ، انه يصح الضمان بشرط (الرهانة) بنحو شرط الفعل فيقول المضمون له للضامن لاأقبل ضمانك الاان ترهن عندي رهناً ، لاني لاأثق بضمانك ، فاذا تخلفت عن الاداء كانت العين المرهونة وثيقة عندى لاجل أخذ حقي منها (فيرهن بعد الضمان) من غير فرق بين ان يكون الشرط رهناً خاصاً كهذه الدار ، أو مطلق ذات قيمة تساوى الدين مثلا ، الى غير ذلك من الكلي فى الذمة ، أو في المعين ، أو الكسر المشاع ، أو الفرد المردد لاطلاق أدلة

بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلانى رهناً بنحو شرط النتيجة فى ضمن عقد الضمان .

الشرط بعد عدم محذور في أي من ذلك .

(بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلاني رهناً بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد الضمان) لانه أمر عقلائي ، لم يردع عنه الشارع ، فيشمله دليل الشرط بخلاف مثـل النكاح والطلاق فلايصح ان يجعل زوجية بنت الطرف للشارط ، أوطلاق زوجته عن حبالته بالشرط لان الشارع جعل للنكاح والطلاق سبباً خاصاً فاحتمال ان الاستدلال بدليل الشرط لصحة هذا الشرط معناه كون الشرط مشرعاً وهوغيرتام ، خصوصاًوقد ورد في الشريعة شرط النتيجة في شرط الضمان في الاجارة والعارية وشرط الاجل في النسيئة والسلف وغيرذلك .

وحيث ان المصنف لم يكن بصدد ذكر خصوصيات الرهن في المقام لم يذكر لزوم القبض في شرط النتيجة ،كما لم يذكره في شرط الفعل والافلابد من القبض في الموردين- بناءاً على اشتراطه في الرهن ـ كما أشار الى ذلك جملة من المعلقين .

نعم ، في حاشية السيد الجمال في اشتراط صحة الرهن حين شرط النتيجة بالقبض وعدمه وجهان، ثم اذاكان الشرط بنحوشرط الفعل فلم يرهن أجبرعلى ذلك بسبب الحاكم ، فاذا لم يمكن ، فالظاهر ان له ان يأخذه رهناً بنفسه ، فاذا لم يمكن حق له الفسخ ، أما الاولان فلان الشرط يقتضي الوضع كما حقق في محله .

وأما الاخير فلخيار تخلف الشرط ، وقد ذكرنا في بعض المسائل السابقة مسألة هل ان له الخيار في عرض اجبار الحاكم ، أوطوله الى آخرما ذكرناه هناك فراجع .

أمااذا كانالشرط بنحوشرطالنتيجة فانه يدخل فيرهانه بمجرد العقدلكن علىالمشروط عليهان يقبضه اياه فاذا لم يقبضه أجبرعليه ولافرق بين ان يكون شرط المضمون له على الضامن ، أوالمضمون عنه ، أوثالث ،كأن يقول : اني أقبل ضمانك بشرط ان يرهنابنك عندي داره فاذا رهن فهو، والاكان لهالخيار ولم يكن له الاجبار اذ العقد لم يكن مع الولد حتى يكون ملزماً بالشرط بل وان وعدالولدبأنهاذا قبل الضمان رهنه الدار، اذ وعده فيه غيرملزم، بلهومثل سائر المواعيدالابتدائية ، بلالحكم كذلك حتىفيما اذا لم يمكن من فسخالعقد كما اذا قال : انـي ازوجك بنتي بشرط ان يقوم ولدك ببناء داري وقبل الولد الشرط ، فلما زوجه بنته لـم يفعل الولد ماوعد ، فانه ليس له حق الفسخ ، اذ النكاح لايفسخ بالشرط كما قرر في محله .

وكذا في الايقاع مثل الطلاق كما لوقال : اني اطلقك بشرط ان يزوجني ابوك اخته وقبل الاب الشرط ، فلما طلقها أبي ولـم يزوجه اباها فان الطلاق لايفسخ بالشرط .

ثم انه يصح شرط الرهن فعلا ، ونتيجة من كل من الضامن للمضمون له

وبالعكس لاطلاق دليل الشرط ، وحيث ان مسائل شرط الفعل وشرط النتيجة ومسائل الرهن مذكورة في اماكن خاص بها تركنا الاسهاب فيهما هنا استدلالا وفروعاً ، والله سبحانه العالم .

* * *

مسألة ــ ٢٣ ــ اذا كان على الدين الذى على المضمون عنه رهن فهل ينفك بالضمان أولا يظهر من المسالك والجواهر انفكاكه لانه بمنزلة الوفاء لكنه لايخلو عن اشكال هذا مع الاطلاق

(مسألة ـ ٢٣ ـ اذاكان على الدين الذى على المضمون عنه رهن فهل ينفك بالضمان أولا) احتمالان (يظهر من المسالك والجواهر) وتبعهما جملة من المعلقين كالسيدين ابن العم والجمال وغيرهما (انفكاكه لانه بمنزلة الوفاء) قال في الاول لان الضمان بمنزلة الاداء ، وقال في الثاني : لان الضمان اداء ، لكن الظاهر ان مرادهما وغيرهما ما اذا لم يكن الرهن مطلقاً ،كما اذاقال : مادام الدين باقياًفي الجملة ـ عليك أو على غيرك ـ كان هذا رهناً ، والافالظاهر بقاء الرهن ، وان انتهى دين المضمون عنه فان اطلاق دليل الشرط يقتضي بقائه حسب القرار الذى قرراه .

وكيف كان (لكنه) عند المصنف والساكتين عليه (لايخلو عن اشكال) لماعلله المستمسك بانه لااداء ولاوفاء ، وانما كانت فائدة الضمان اشتغال ذمة الضامن به وفراغ ذمة المضمون عنه فالدين انتقل من ذمة الى اخرى من دون اداء ، فان كان الرهن على بقائه بقي على حاله ، لعدم الوفاء، وان كان على افراغ ذمةالمديون بطل لفراغ ذمته بالضمان ـ انتهى .

(هذا) الذى ذكرناه من احتمال الانفكاك وعدمه (مع الاطلاق) للرهن بأن لم يعين الانفكاك وعدمه بالضمان .

وأما مع اشتراط البقاء أوعدمه فهو المتبع .

(وأما مع اشتراط البقاء) للرهن بعد الضمان (أو عدمه) بأن يشترط عدم بقاء الرهن بعدالضمان (فهو المتبع) عملا بعموم المؤمنون عندشروطهم[١].

* * *

---

(١) الوسائل : ج ١٥ ص ٣٠ الباب ١٩ ، ٢٠ من أبواب المهور ح ٤ والإستبصار : ج ٣ ص ٢٣٢ ح ٤ .

مسألة ـ ٢٤ ـ يجوز اشتراط الضمان فى مال معين على وجه التقييد أو على نحو الشرائط فى العقود من كونه من باب الالتزام فى الالتزام

(مسألة ـ ٢٤ ـ يجوز اشتراط الضمان) على المشهور ، وفي الجواهر لاخلاف أجد في صحته ، وفي المستمسك يظهر منهم التسالم على ذلك (في مال معين) فيكون الأداء منه ، كما عن المحقق والعلامة وغيرهما ، لكن في مفتاح الكرامة في مسألة مالو حجر على الضامن فيما لوضمن كل من المديونين ماعلى صاحبه قال: هذا الفرع من منفردات هذا الكتاب ، وهومبنى على صحة الضمان في مال بعينه وهومن منفردات المصنف أيضاً ـ انتهى .

وعلى هذا، فلم أجد وجهاً لقول السيد الجمال اشتراط ذلك ، وان ادعى عدم الخلاف في جوازه، لكنه لايخلو عن الاشكال، خصوصاً اذاكان على وجه التقييد.

وكيف كان، فالظاهر صحة مثل هذا الاخذ (على وجه التقييد أوعلى نحو الشرائط في العقود من كونه من باب الالتزام في الالتزام) وذلك لاطلاق ما دل على أن العقود تتبع القصود ، ولاطلاق دليل الشرط ، لكن في تعليقة السيد البروجردي لم يظهر لي معنى معقول لتقييد مافي الذمة بالمال الموجود في الخارج، وجماعة من المعلقين قالوا بصحة ذلك شرطاً لاقيداً، كما ان مفتاح الكرامة حمل كلام القواعد على ذلك ، وبعض آخر أشكل في التقييد الا اذا كان كلياً في المعين ، لان الكلي في المعين لايخرج عن الكلية والذمة فيكون

وحينئذ يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال بمعنى صرفه فيه

ضمانه في دائرة المعين، فمع تلف الكل يبطل الضمان، ومع بقاء مقدارالدين لايبطل ، ويتعين للاداء ومع بقاء ماينقص منه يبطل بالنسبة.

أقول: الذمة المشغولة قد تكون مشغولة بنحو مطلق ــ وهو الكلي ــ و قد تكون مشغولة بنحو مقيد بالخارج، بحيث اذا ذهب الخارج ذهبالاشتغال ــ وهو الكلي المقيد ــ وقد تكون مشغولة بنحو مشروط بالخارج ، بحيث اذا ذهب الخارج كان للمشارط ابقاء الاشتغال، أو رفضه ، لانه من باب الالتزام فى الالتزام، لا من باب الالتزام الواحد بنحو المقيــد والقيد ، ولا بنحو الالتزام البسيط ــ وهو الكلي المشروط ــ .

ومنه يظهر ، انه لا اشكال فى كل الاقسام الثلاثة ، خلافاً لمن قال بأنه اذا كان الضمان بمعنى نقل الذمة فكيف يعقل تقييده بالمال الموجود فى الخارج، شرطاً أو قيداً، أو أشكل على القيد دون الشرط فصحح الشرط فقط.

اذ يرد عليهما ان كلا القسمين ــ مثل الكلي المطلق ــ معقول ، فيشملهما اطلاق مادل على ان العقود تتبع القصود في المقيد، واطلاق دليل الشرط فى المشروط، و كأنه لذا سكت السيد ابن العم و آخرون على المتن.

(وحينئذ) حين كان الضمان مقيداً أو مشروطاً بالوفاء من مال معين (يجب على الضامن الوفاء منذلك المال) المعين عملا بالقيد والشرط (بمعنى صرفه فيه) و انما قال ذلك ، لان الوفاء من ذلك المال معنـاه يشمل ما اذا بدل المال بغيره أيضاً .

وعلى الاول : اذا تلف ذلك المال يبطل الضمان

مثلا: يقال: أوف دينك من هذا البستان فأنه يشمل ما اذا باع تمر البستان وأعطى دينه من ذلك التمر ، والحال المراد هنا الوفاء من عين المعين ، لامن الاعم من العين وبدلها، والظاهر انه يصح كلا القسمين، فقد يكون المراد من الضمان من مال معين الوفاء من عينه، وقد يكون المراد الوفاء، سواء من عينه أو بدله وكلاهما صحيح لما عرفت، فان مساق الدليل فيهما واحد، كما انه قد يكون من قبيل الكلي في الخارج، وقد يكون من قبيل الكسر المشاع ، كما انه يصح جعله من المعين أو من أحد المالين، لوحدة الدليل فى الجميع .

(وعلى الاول:) الذي هو على وجه التقييد (اذا تلف ذلك المال يبطل الضمان) واذا تلف بعضه بطل بقدر ذلك التالف وذلك لفوات القيد الموجب لفوات المقيد ، وهذا هو المحكي عن التذكرة والشهيدين ، وان أشكل عليه المستمسك بأن فوات القيد لايوجب بطلان العقد وانما يوجب الخيار المسمى بخيار تخلف الوصف ، كما اذا قال : بعتك هذا العبد الكاتب فتبين انه غير كاتب ، ثم نظر ذلك بما اذا فات الشرط، أو تبعضت الصفقة أوما أشبه ، حيث يكون الخيار لا البطلان.

وفيه : ان العقود تتبع القصود ، فأن كان العقد واقعاً على المقيد لا بنحو الالتزام فى التزام لم يكن وجه للصحة، كما ان تبعض الصفقة انما يصح ويكون له الخيار اذا كان العقد من قبيل تعدد العقود بلفظ واحد، لا ما اذا كان من قبيل الامر الوحداني البسيط، فأن مقتضى القاعدة عدم الصحة حينئذ لانه اذا اختارا

ويرجع المضمون لـه على المضمون عنه كمـا أنه اذا نقص يبقى الناقص فى عهدته

البقاء كان من قبيل ما اذا باعه لبناً فظهر سمناً حيث يختاران البقاء فانه لم‌يكن مستنداً الى العقد، بل تراض جديد من باب المعاطاة مثلا ، اذ لا يحقق ذلك عقود كم حتى يشمله [أوفوا بالعقود].

(و) اذا بطل الضمان (يرجع المضمون له على المضمون عنه) لان الذي افرغ ذمة المضمون عنه‌كان هو الضمان، فاذا بطل رجع الامر كما كان.

لايقال: ان الذمة اذا فرغت لم يكن وجه لاشتغالها.

لانه يقال: الوجه هوان‌الفراغ لم يكن مطلقاً بل مقيداً وحيث ذهب القيد رجع الاشتغال وهذا امر عقلائي قرره الشارع كما يستفاد من الاطلاق.

(كما أنه اذانقص) الشيء الذي كان متعلق الضمان نقصاً أوجب عدم‌امكان الأداء ، كمـا اذا كانت ذمة الضامن مشغولة بمن حنطة في ضمن عشرة امنـان خارجية من باب الكلى في المعين فتلف منها تسعة امنان ونصف .

(يبقى الناقص) وهونصف المن في المثال(في عهدته) أي عهدة‌المضمون عنه، لان الذى‌تعلق به ذمة الضامن نصف المن‌فقط، حيث كان ضمانه‌في‌المعين والمعين لم يبق منه الانصف من، ومثله ما اذا ضمن مـأة من مقيداً بكونه‌من الصبرة الخارجية بزعم انه ألف من فظهرت‌الصبرة تسعين مناً، فانه انمايضمن الضامن حينئذ قدر تسعين من .

أما العشرة الاخر فلاتتعلق بذمة الضامن من أول الامر اذ لاخارجية لها ،

وكذا اذا ظهرت العشرة الموجودة في مأة من خارجية مستحقة لغير الضامن، حيث ليس للضامن تلك العشرة ، و مثله ما اذا ظهر حجر الحاكم للضامن في كل أمواله ، حيث لا شيء له مطلقاً حتى يضمن ضماناً متعلقاًبه ، أو في بعض أمواله كالنصف من كل شيء شيء له ، حيث تكون صبرته التي هي مأة من مثلا غير ممكن التصرف في كلها ، بل في نصفها فيبطل نصف الضمان ،بناءاً علي الاقرب من صحة الحجر بالنسبة الى بعض أموال المفلس مثلا ، الى غير ذلك من الامثلة .

ومن هذا يظهر حال ما اذا ضمن الضامن ضماناً مقيداً بالخارج على نحو الكسر المشاع ـ لاالكلي في المعين ـ حيث انه اذا كانت له صبرة ذات مأة من ضمن دين المضمون عنه ، حيث كان خمسين منـاً ، فاذا تلف من الصبرة عشرة امنان بطل الضمان في خمسة امنان من الخمسين ويرجع المضمون له الى المضمون عنه في خمسة امنان ، و انمـا يرجع الى الضامن في خمسة و أربعين فقط ، اذ في الكسر المشاع يذهب من الطرفين بالنسبة، بينما في الكلي في المعين لايذهب من غير مالك الكلي مادام بمقدار الكلي في الشيء الخارجي كما ذكروا في مسألة من اشترى طناً من اطنان القصب فاحترق بعض تلك الاطنان .

ثم انه اذا كان الضمان المقيد بالخارج على نحو الكلي في المعين ـ مثلا ـ و غصب الخارجي شخص ، فالظاهر عدم بطلان الضمان ان امكن الاستدراك

وعلى الثانى : لايبطل بل يوجب الخيار لمن له الشرط من الضامن أو المضمون له أوهما

منه ، لان الشيء الممكن الاستدراك ليس تالفاً حتى يبطل الضمان، فاذااستدرك منه الضامن أخذه المضمون له من الضامن .

و بذلك يعرف حال ، ما اذا كان الضمان على نحو المشاع ، و ما اذا لم يتمكن من الاستدراك ، وما اذا كان الشيء قيمياً لامثلياً واعطى الغاصب قيمته حيث ان القيمة لم تكن متعلق الضمان ، بخلاف ما اذا كانت ، كما اذا قال الضامن للمضمون له: اني اضمن لك مقيداً بهذا الشيء الخارجي ، سواء من عينه أو من قيمته .

(وعلى الثاني:) بان كان اشتراط الضمان في مال معين على نحو الشرط لاعلى نحو القيد (لايبطل) الضمان بتلف ذلك المال الخارجي .

(بل يوجب الخيار لمن له الشرط من الضامن أوالمضمون له أوهما) اذ قد يجعل الشرط بالالتزام من المال الخارجي هذا ، وقد يجعله ذاك وقديجعله كلا منهما، وقدأشكل على كون من له الشرط الضامن السيدان ابن العم والبروجردي فقال أولهما : لاوجه لخيار الضامن في فرض المسألة وهو تلف ذلك المال ، و قال ثانيهما : الظاهر عدم الخيار للضامن على فرض كون الشرط له ، اذ مرجعه حينئذ الى التزام المضمون له قبوله ان اداه الضامن اليه فلاتخلف منه حتى يثبت به الخيار للضامن ــ انتهى .

وفيه : ان مرجع الشرط حق الضامن في فسخ الضمان الذي كان ملتزماً

ومع النقصان يجب على الضامن الاتمام مع عدم الفسخ وأما جعل الضمـان فى مال معين من غير اشتغال ذمـة الضامن بأن يكون الدين فى عهدة ذلك المال فلايصح .

به لولا الفسخ ووجود فائدة اخرى للشرط لايستلزم منه انه لاخيار للضامن الا مع استنكاف المضمون له من الاخذ ، ولذا سكت على الماتن غالب المعلقين .

(ومع النقصان) بأن لم يتلف المال الخارجي كلا ، بل تلف بعضه ، أمافي الكلي في المعين فذلك بأن تلف مالايبقى منه بقدر المال المضمون ، وأما في المشاع فذلك بأن تلف منه أى جزء اذ المشاع يتلف منهما كما تقدم .

(يجب على الضامن الاتمام مع عدم الفسخ) اذ الشارط قدرفع اليد عن شرطه فيبقى الضمان .

(وأما جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمة الضامن) فلاذمة مشغولة بل (بأن يكون الدين في عهدة ذلك المال) فيكون المال كالمال المحجور لايمكن التصرف فيه الافي القدر الزائد عن قدر الضمان (فلايصح) أى ضماناً معهوداً تقدم تقريبه في أول الكتاب .

أما عدم صحته بعنوان عقد جديد فلاوجه لعدم صحته لاطلاق وعموم الادلة مثل: [أوفوا بالعقود] ونحوه له ، فأى مانع من ان يحصر الدين الذى كان في ذمة الشخص المضمون عنه في هذا المال الخارجي للضامن فتفرغ ذمة المضمون عنه ولاتشتغل ذمة الضامن ، وانما يقع الدين في عهدة المال ، وكان على المصنف ان يذكر الصحة في هذه الصورة كما تقدم منه وجه صحة صورة ضم ذمة الى

. . . .

ذمة بعنوان عقد جديد ، وان لم يصح بعنوان الضمان الخاص ، واحتمال صحة هذا القسم هو الظاهر من المسالك أيضاً ، قال : فيما لو شرط ان يكون الضمان من مال معين وهل هو متعلق به كتعلق الدين بالرهن أو كتعلق الدين بالجاني وجهان مأخذهما ان الضمان ناقل للدين الى ذمة الضامن ، لان موضعه انما هو الذمة وتخصيص هذا المال أفاد انحصار المطالبة فيه، ولم تخرج الذمة عن العهدة، لان مقتضى الضمان ابتداء التعلق بها ، وهذا هو وجه تعلق الرهن ، و من ان الضامن لم يدخل ذمته مطلقاً، وانما حصر الاستحقاق في المال المعين و جعله متعلق حق المضمون له فينحصر حقه فيه ابتداءاً من غير تعلق بالذمة واقواهما الاول.

قال فى المستمسك : ظاهر بعض عبارات المسالك الأخرى الصحة وهو كذلك عملا بعمومات الصحة ، وان لم تكن من الضمان المصطلح الذي هو اشتغال الذمة فلا تجري عليه أحكامه.

* * *

مسألة ــ ٢٥ ــ اذا أذن المولى لمملوكه فى الضمان فى كسبه فان قلنا ان الضامن هو المولى للانفهام العرفى ، أو لقرائن خارجية يكون من اشتراط الضمان فى مال معين ، وهو الكسب الذى للمولى وحينئذ فاذا مات العبد تبقى ذمة المولى مشغولة ان كان على نحو الشرط فى ضمن العقود ، ويبطل ان كان على وجه التقييد ، وان انعتق يبقى وجوب الكسب عليه ، وان قلنا ان الضامن هو المملوك وان مرجعه الى رفع الحجر عنه بالنسبة الى الضمان فاذا مات لا يجب على المولى شىء وتبقى ذمة المملوك مشغولة يمكن تفريغه بالزكاة ونحوها ، وان انعتق يبقى الوجوب عليه .

مسألة ــ ٢٦ ــ اذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد فأما أن يكون على التعاقب أو دفعة فعلى الاول الضامن من رضى المضمون له بضمانـه

(مسألة ـ ٢٦ ـ اذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد فأما أن يكون على التعاقب) كما اذا ضمنه زيد ثم ضمنه عمرو (أو دفعة) كما اذا ضمناه فى آن واحد و مثله ما اذا ضمنه وكيلهما ، كما اذا قال الوكيل : ضمنته عنهما ، اذ الوكالة فى الضمان جائز ، اذ الاصل قبول الوكالة في كل شيء الا ما خرج بالدليل، كما ذكرناه في بعض مباحث [الفقه].

(فعلى الاول) الذي كان الضامن على التعاقب (الضامن من رضي المضمون له بضمانه) منهما لما قد تقدم من ان الضمان عقد واقع بين اثنين ، فلا يصح بدون رضى المضمون له، وان قلنا انه ايقاع ، وليس بعقد كان اللازم رضى المضمون له أيضاً ، وحينئذ فان رضى بأحدهما صح و بطل الاخر سواء كان السابق أو اللاحق ، فهو كما اذا قال لنفرين : بعتك الكتاب ، فقال احدهما : اشتريت، حيث يبطل الاخر ـ أي لا ينعقد ـ سواء كان السابق أو اللاحق ولو قال المضمون له : رضيت بالاول ثم قال: وبالثاني ـ مثلا ـ لم يصح الثاني لعدم الموضوع له، وعلله المستمسك بأنه أوجب فراغ ذمة المضمون عنه فلا معنى للضمان الثاني.

أقول: ان كان ذلك من قبيل ما لا يقبل التعدد عقلا أو شرعاً ، كما اذا قالت الاختان : زوجتك أنفسنا فقبل احداهما ، حيث لا يصح ان يقبل الثانية ، لانه

ولو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق ويحتمل قوياً كونه كما اذا ضمنا دفعة خصوصاً بناءاً على اعتبار القبول من المضمون له فان الاثر حاصل بالقبول نقلا لا كشفاً

جمع بين الاختين، تم ماذكره، والا فان لم يكن مانع شرعاً ولا عقلا ، كما سيأتي وجهه فيما لو اطلق الرضا بهما لم يكن فرق بين الرضى بهما دفعة أو تدريجاً فلا وجه للقول بانتفاء الموضوع بالنسبة الى رضاه بالثانى .

(ولو اطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق) في الضمان وذلك لماعلله في مفتاح الكرامة بانه اذا رضي بضمان كل منهما فقد رضى بضمان الاول فينتقل المال اليه فلا يصادف ضمان الثاني ولا الرضا به حقاً على المضمون عنه فيبطل وهذا هو الذي رجحه غير واحد ، لكن هل يقولون بمثله فيما قالت الاختان - بتعاقب - : انكحتك أنفسنا، فقال الرجل: قبلتكما.

(ويحتمل قوياً كونه) فى التعاقب، (كما اذا ضمنا دفعة خصوصاً بناءاً على اعتبار القبول من المضمون له) وانه لا يكفي مجرد الرضا من المضمون له، فليس الضمان كالايقاع، وانما هو عقد .

(فأن الاثر) أي تحقق الضمان، بناءاً على كونه عقداً (حاصل بالقبول نقلا) اذ قبل القبول لا أثر، فأن الاثار فى العقود لاتحصل الا بعد تمام العقود بايجابها وقبولها، كما حقق فى محله.

(لاكشفاً) فليس القبول كاشفاً عن تحقق الاثر سابقاً حتى يقال: ان الضمان للمتقدم لا للمتأخر، لان المتقدم لم يدع مجالا للمتأخر .

وعلى الثانى ان رضى بأحدهما دون الاخرفهو الضامن وان رضى بهما معاً ففى بطلانه كما عن المختلف وجامع المقاصد واختاره صاحب الجواهر

والحاصل: انه لو رضى بهما دفعة تكون نسبته الى الايجابين نسبةواحدة فلا وجه لترجيح الضمان المتقدم، فلا وجه للقول [بأن الضامن هو السابق] فيكون الحكم، كما اذا اقترن الايجابان، على ماسيأتي فى قولنا: [وعلى الثاني] ثم ان قوله: [خصوصاً] فى قبال ما اذا قلنا بأن رضى المضمون له يكفي، فانه اذا رضى بهما كان الاثر للسابق لما تقدم من علة مفتاح الكرامة، اللهم الا ان يقال : ان [الرضا] كالقبول لا أثر للضمان بدونه ، فاذا رضى بهما دفعة كانت نسبة الايجابين واحدة فيكون الحكم فى تعاقب الايجابين ، مثله فى اقتران الايجابين .

(وعلى الثانى) فيما كان الضمان من الاثنين دفعة (ان رضي) المضمون له (بأحدهما دون الاخر فهو الضامن) اذ لاشك فى احتياج الضمان الى قبول أو رضى وكلاهما مفقودان بالنسبة الى الاخرفلاوجه لضمان الاخرالذي لم يتعقبه قبول ولارضى .

(وان رضي بهما معاً ففي بطلانه كما عن المختلف وجامع المقاصد واختاره صاحب الجواهر) .

قال الاول : وان وقع الرضا دفعة احتمل بطلان الضمان لامتناع انتقال الحق دفعة واحدة الى ذمم متعددة والصحة فيطالب كل واحد بقسطه لابالجميع والاقوى الاول .

أو التقسيط بينهما بالنصف أو بينهم بالثلث ان كانوا ثلاثة وهكذا

وقال الثاني : الاصح البطلان .

وقال الثالث : لايخفى على من أحاط خبراً بالمسألة قوة البطلان .

وقد اختار البطلان آخرون أيضاً ، وربما نظر ذلك بقبول نفرين لايجاب واحد ، سواء كان ايجاب نكاح أو ايجاب بيع أو غيرهما اذا قلنا بصحة مثل زوجت نفسي أحدكما، أوبعت الدار أحدكما، فانه لابأس به عرفاً ، ولذا يمكن القول بصحته في مثل البيع، وان لم يصح في مثل النكاح، لان الركن الزوجان فهو مثل بعتك أما الفرس أو الحمار.

أو يقال : انه لامحذور فيه، وفي نظيره عرفاً فاذا قبل احدهما كونها زوجة له أو قبل كون الفرس منتقلا الى ملكه صح عند العقلاء ، وان لم يصح شرعاً بالنسبة الى النكاح لاجماع أو نحوه .

ويؤيده جعل القرعة حكماً في بعض أبواب النكاح والطلاق ممايدل على الصحة في نفسه حتى شرعاً في الجملة، فان ثبت اجماع في بطلان مثل الفرس والحمار فهووالا لزم الصحة لصدق عقودكم فى [أوفوا بالعقود] والمفروض ان الشارع لم يمنع منه .

(أو التقسيط بينهما بالنصف) ان كانا اثنين (أوبينهم بالثلث ان كانوا ثلاثة وهكذا) كما حكي عن ابن الجنيد، واستدل له بأن الامردائر بين عدم الضمان، وبين ضمان كل واحد للكل معاً أو بنحو الكلي ، وبين الضمان بنسب مختلفة مثل ان يكون على أحدهما الربع ، وعلى الاخر ثلاثة ارباع وبين التقسيط ،

أو ضمان كل منهما فللمضمون له مطالبة من شاءٍ كما في تعاقب الايدى وجوه أقواها الاخبر

لكن الثلاثة الاول باطلة فيبقى الرابع .

اذيرد على الاول: انه لاوجه له بعد وقوع العقد عرفاً ولم يمنع عنه الشرع فلاوجه للبطلان .

وعلى الثاني : أما شقه الاول فبأنه دين واحد فكيف يتحول الى دينين ، وأما شقه الثاني فبما ذكره الشيخ المرتضى [ره] من ان الشيء الواحد لايقبل الاستقرار الافي ذمة واحدة .

وعلى الثالث: انه لاوجه للضمان بنسب مختلفة، لانه خلاف وحدة ضمانها والعقود تتبع القصود فلم يبق الا التقسيط .

(أو ضمان كل منهما) من قبيل الواجب الكفائى والكلى فى المعين (فللمضمون له مطالبة من شاء كما في تعاقب الايدى وجوه أقواها الاخير) كما عن ابن حمزة ، وجعله عكس ضمان الواحد عن الجماعة ويحكي عن ظاهر الفخر وصريح الشهيد الرضا بهذا ، وهذا القول هو الاقرب وجواب الاشكال على الشق الثاني من الوحه الثانى، انه لامانع من اشتغال الذمم المتعددة بواجب واحد ، كما في الواجبات الكفائية ، فان الذمم تشتغل بواجب واحد ان قام أحدهم به سقط عن الجميع والاأثم الجميع .

ثم ان كان الواجب بسيطاً كصلاة الميت لم يمكن الا قيام أحدهم، وان كان غير بسيط كغسل الميت صح ان يأتي كل واحد بجزء منه بخلاف الصلاة التي

لايأتي بها الا احدهم، وحيث ان الملك من قبيل غير البسيط صح ان يقوم باداته احدهم ، كما صح ان يؤديه كلهم أو جملة منهم مقسطاً بتساوي، او بالاختلاف، وان تعاسروا اجبرهم الحاكم بالنسبة المتساوية اذ لا أولوية لاحدهم على الاخر فاذا كان الدين مأة وضمنه اثنان اجبر كل واحد على نصفه، ولو كانوا اربعة اجبر كل واحد على ربعه وهكذا .

بل يمكن ان يقال : ذلك في مثل غسل الميت ، فاذا كانوا ثلاثة لم يحق للحاكم الشرعي جبر احدهم ، او اثنين منهم ، بل يجبر كل واحد على احد الاغسال الثلاثة، الى غير ذلك، وكذلك الحال في واضعي اليد على مال انسان بحيث كان لكل واحد منهم يد مستقلة ، مثل ثلاثة اغتصبوا داراً كل مستولى على كلها فتلفت، فانه لايحق للحاكم الشرعي اخذها من احدهم، او اثنين منهم بل من كل ثلثها .

نعم ، ان اعطى بدلها احدهم برىء الجميع على اشكال في ذلك اذا لم يقبل المالك الأخذ كل ثلث من أحدهم، مثله فيما اذا قتل ثلاثة انساناً، فان الولي اذا لم يقبل من احدهم كل الدية، وان أراد من كل واحد ثلثا صح له ذلك ، بل لو أعطاها أحدهم فقبلها كان ذلك خلاف الاصل، وانما صح بالتراضي، وان كان فرق بين القتل والغصب، حيث ليس كل جزء في القتل عليهم بخلاف الغصب حيث فرض استيلاء كل واحد على كل الدار، فيشمله على اليد فيمكن ان يقال : لاحق للمالك في الزامهم بالتقسيط اذا أعطاه أحدهم ، بينما للولي الحق في الزامهم بالتقسيط في القتل .

. . . .

وبما ذكرناه ظهر ، انه لاوجه للقول بأن المقولات الاعتبارية كالمقولات الحقيقية فكما لايمكن وجودشيء خارجي فيمكانين كذلك لايمكن في الوجود الاعتباري ، اذ بالاضافة الى ما في الكلية المذكورة نقول : ان ثبتت القضية المذكورة في الجملة لاتثبت الكلية فالوجود الحقيقي لايعقل فيه ذلك .

أماالوجود الاعتباري فليس كذلك ، فان الاعتبار بيد المعتبر وهو خفيف المؤنة .

وبذلك يظهر ضعف قول السيد الجمال : ان الوجه الاخير هو أضعف الوجوه مطلقاً، بللاوجه له، وقول السيد البروجردي: ان هذا مبني علىمايراه العامة، اذعليه يمكن تعهدات كثيرة لمافي ذمة واحدة مع بقائه على ماكان عليه بل عليه يصح الجميع مع التعاقب أيضاً، وأما على مذهب أصحابنا ، فالاقوى هو الاول ـ انتهى .

ولـذا سكت عليه السيد ابن العم وجملـة آخرون من المعلقين ، وقال المستمسك : فالتحقيق جواز اشتغال ذمم متعددة بواجب واحد لمالك واحد كجواز اشتغال ذمم متعددة بواجب واحد ، كما في الواجبات الكفائية ، فان اشتغال الذمم المتعددة بالواجب فيها حاصل، ولافرق بينها وبين المقام الا في ان المصحح للاشتغالفيها الوجوب والمصحح للاشتغال هنا الملك .

(وعليه اذا أبرء المضمون له واحداً منهما) أومنهم (برء دون الاخر) لان الطالب برئه دونالاخر، فلاوجه لابرائه ، فهو كما اذا قالالشارع : فيالحرب

وعليه اذا أبرء المضمون له واحداً منهما برء دون الاخر الا اذا علم ارادته ابراء أصل الدين لاخصوص ذمة ذلك الواحد .

الواجب كفائة [ليس على الاعمى حرج] حيث ان اخراجه لايوجب اخراج الاخرين ، وليس معنى ابراء أحدهم اسقاط المضمون له المال ، حتى يسقط عن الجميع ، بل معناه ابراء أحدهم وحيث انه حق للمضمون له صح له الابراء فلايقال : انه يحق له التصرف في ماله ، لافي ذمم الناس، اذ التصرف في الذمم خلاف سلطنة الناس على ذممهم ، والافان صح ذلك لازم عدم صحة الابراء من أحد لاحد وهو مقطوع العدم شرعاً وعقلاً (الااذا) أراد .

وقوله (علم) من باب الاثبات لوضوح انه لاخصوصية للعلم في مقام الثبوت (ارادته ابراء أصل الدين) أي اسقاطه ، والاعراض عنه ، فانه كالاعراض عن ماله الخارجي ، حيث يسقط ماليته له (لاخصوص ذمة ذلك الواحد) فانه حينئذ يسقط الدين وتبرء كل الذمم ، كما ظهر وجهه ، ولو لم يعلم هل انه برء ذمة ، أو برء الدين كان الاصل عدم الثاني ، لان ذمة غيره لما اشتغلت كان الاصل بقاء الاشتغال ، والله سبحانه العالم .

---

(١) سورة النور : آية / ٦١ .

مسألة ـ ٢٧ ـ اذا كان له على رجلين مال فضمن كل منهما ماعلى الاخرباذنه فان رضى المضمون له بهما صح وحينئذ فان كان الدينان متماثلين جنساً وقدراً

(مسألة ـ ٢٧ ـ اذاكان له على رجلين مال) بأن كانت ذمة كليهما مشغولة ، لاان يكون مال واحد في ذمتهما على سبيل البدل ، مثل الواجب الكفائي ـ كما تقدم في المسألة السابقة ـ

(فضمن كل منهما ماعلى الاخر باذنه) لماتقدم من احتياج اذن المضمون عنه في صحة الرجوع اليه سواء قلنا انه عقد، أوايقاع، وان لم يحتج أصل الضمان الى رضى المضمون عنه .

(فان رضي المضمون له بهما صح) لاحتياج الضمان الى رضى المضمون له ، والا لم ينتقل مافي ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن على ماتقدم .

قال في الشرائع اذا كان له على رجلين مال فضمن كل منهما ما على صاحبه تحول ماكان على كل واحد منهما الى صاحبه .

وقال في المسالك : لااشكال في صحة هذا الضمان ، لان كل واحد جامع لشرائط الصحة ، وفي الجواهر بلاخلاف ولااشكال، لاجتماع ، شرائط صحة الضمان في كل منهما .

(وحينئذ فان كان الدينان متماثلين جنساً وقدراً) الظاهر ان مراده بالجنس أعم من الوصف ، والا لم يكن يترتب عليه مايأتي من الحكم ، ولذا كانت عبارة الجواهر : [وتساوي المالان من جميع الوجوه] أظهر في افادة المراد .

تحول ماعلى كل منهما الى ذمة الاخر ويظهر الثمر فى الاعسار واليسار وفى كون أحدهما عليه رهن دون الاخر بناءاً على افتكاك الرهن بالضمان وان كانا مختلفين قدراً أوجنساً أوتعجيلا وتأجيلا أوفى مقدار الاجل

(تحول ماعلى كل منهما الى ذمة الاخر) كما هو مقتضى الضمان .

(و) لايقال : فما هي الفائدة بعدالتماثل التام بين المالين .

لانه يقال : (يظهر الثمر في الاعسار واليسار) فاذا كان أحدهما معسراً كان للمضمون له الخيارفي فسخ الضمان ، فاذا فسخ صارتمام المال على الموسر.

(وفي كون أحدهما عليه رهن دون الاخر) كما ذكره المسالك معللا له بأن الضمان بمنزلة الاداء .

(بناءاً على افتكاك الرهن بالضمان) كما تقدم في المسألة الثالثة والعشرين ، وكان أولى لوقال كما فيالجواهر: [وافتكاك الرهن ان كان عليهما أوعلى أحدهما لان الضمان اداء] اذقديكون رهن على كل منهما فلاخصوصية لذكر ماإذاكان رهن على أحدهما .

والحاصل صيرورة كل واحدمنهما بضمانه فرعاًوبمضمونيته أصلافيتعاكسان ولذا يظهر الثمر أيضاً في ابراء صاحب الدين كله أو بعضه ، الى غيرذلك من الثمار .

(وان كانا مختلفين قدراً أوجنساً) الاعم من الوصف كما تقدم (أو تعجيلا وتأجيلا أوفي مقدار الاجل) كما اذاكان أحدهما بعد شهر ، والاخر بعد شهرين

فالثمر ظاهر

ومثله مااذاكان أحدهما دفعة والاخر مقسطاً ، أى يعطيه باقساط، سواءكان الدفعي مؤجلا أومعجلا ، وكذا اذاكان احدهما مشروطاً والاخر مطلقاً .

(فالثمر ظاهر) وأضاف الجواهر قائلا : بل في الفرض لو شرط أحدهما الضمان في مال بعينه ، وقلنابصحته وحجر عليه لفلس قبل الاداء أخذ المضمون له حقه من المال مقدماً على الغرماء بسبق تعلق حقه الان المفلس قد استحق على المضمون عنه مع فرض كون الضمان باذنه ، ويتعلق به حينئذ حق الغرماء الى آخر كلامه .

نعم ، اذا لم يكن ، أى من هذه الثمارفهل يصح الضمان لانه عقد ولايلزم ان يكون للعقد ثمربعد اطلاق الدليل ، أولايصح ، لانه عمل سفهائي بعد عدم أي ثمر ، لان الحال فـي المستقبل كالسابق بعينه لايبعد الثانى ، لان الاطلاق لايشمل الاعمال السفهائية .

نعم، ربمايقال: انه من‌قبيل‌تبديل نفرين مالهماالمشابه تماماً بالاخر، حيث يصبح ذلك مع انه لم يؤثر شيئاً.

وفيه: انه أثر شيئاً ، حيث لم يكن لاحدهما التصرف في مال الاخر قبل المبادلة ، وكان له التصرف فى ماله وبعد المبادلة انعكس الامر بخلاف المقام الذي ليس له ، حتى مثل هذا الثمر على ان كون الضمان صحيحاً أولا لاثمر له ـ الا فى مثل النذر الذي يكرره صاحب القوانين، اذ يفي بنذره اذاكان نذر ان يعمل ضماناً، ان قيل بصحة هذا الضمان ، بخلاف‌ما اذا قيل ببطلانه حيث لم يف بنذره ـ وانما قلنا لاثمر له ، لانه سواء قيل بالصحة ، أو بعدم الصحة

وان رضى المضمون له بأحدهما دون الاخر كان الجميع عليه وحينئذ فان أدى الجميع رجع على الاخر بما أدى حيث ان المفروض كونه مأذوناً منه وان أدى البعض فان قصد كونه مما عليه أصلا أو مما عليه ضماناً فهو المتبع

تكون ذمة كل واحد منهما مشغولة وبعد الضمان كقبله لايفرق الامر.

ثم انه يظهر الثمر أيضاً في صورة التماثل فيما اذا كان أحدهما كافراً عنده أحكام خاصة للضمان، حيث يشمله قاعدة الزموهم بما التزموا به أو كانا كافرين لكل أحكام خاصة.

(وان رضي المضمون له بأحدهما دون الأخر كان الجميع عليه) اما دينه الاول فلانه باق عليه بدون ان يؤديه، أويضمنه أحد، والمفروض انه لم يقع أحدهما، واما دينه الثاني فلانه انتقل اليه بضمانه لدين صاحبه.

(وحينئذ فان أدى الجميع رجع على الاخر بما أدى حيث) كان بأذنه و رضاه فـ (ان المفروض كونه مأذوناً منه) في الضمان منه.

(وان أدى البعض) أي بعض الكل الشامل لما يساوى دين نفسه، أودين صاحبه، ولما يكون أكثر من دين نفسه ولو بقدر (فان قصد كونه مما عليه أصلا أو مما عليه ضماناً فهو المتبع) اذ الاداء تابع للقصد، والا يقصد لم يسم اداءاً

مثلا: كان عليه خمس ودين لزيد، وكان زيد مستحقاً للخمس، فانه ان أعطاه بقدر هذا، أوذاك، فان قصد الخمس برء منه و بقى الدين، وان قصد الدين برء منه وبقي عليه الخمس، وربما يكون للقصد آثار خارجية مثل هذا المثال

ويقبل قوله ان ادعى ذلك وان أطلق ولم يقصد أحدهما فالظاهر التقسيط

فانه ان قصد الدين لم يصح ان يصلي ويطوف في لباسه غير المخمس ـ على المشهور ـ بخلاف ما اذا قصد الخمس، الى غير ذلك من الامثلة.

ومما تقدم يعلم، حال التبعيض في الجملة ، كما اذا كان عليه خمسون ضماناً وخمسون ديناً فأعطى [عشرة] فان له ان يحسبه لنفسه، أوللضمان أولهما بالاختلاف أو التساوي كمااته اذا اعطاه ستين كان له احتساب خمسين منه لنفسه والباقي لضمانه أوبالعكس ، كما كان له احتساب نصفه لنفسه ونصفه لضمانه، أوالاحتساب بالاختلاف كاربعين لنفسه وعشرين لضمانه، أوبالعكس وهكذا.

ثم ان أعطى، مثلا: خمسين (و)لم يعلم انه هل لنفسه ، أولضمانه (يقبل قوله ان ادعى ذلك) لنفسه أولضمانه وعلله الشرائع وجامع المقاصد وغيرهما بأنه ابصر بنيته، وغيرهم بانه مما لايعرف الا من قبله، وفي الجواهر: بلاخلاف ولا اشكال، وقد ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في كتابي [القضاء والشهادات] فقد بني العقلاء على القبول والشارع لم يردعه ، بل ايده بحجية ذى اليد ، و مسألة الحيض والحمل وما أشبه.

أما قول الجواهر: ويقبل قوله مع اليمين، فانه يريد مقام النزاع فانه منكر لقول المدعي ، وحيث لاشاهد كان عليه اليمين بمقتضى اطلاق انما اقضي بينكم بالبينات والايمان، وقال قولين مختلفين، فهل يؤخذ بالاول، أو الاخير أو يتساقطان ؟ احتمالات، ومحله كتاب [القضاء والشهادات].

(وان اطلق ولم يقصد أحدهما فالظاهر التقسيط) كما ذكره الجواهر تبعاً

في ذلك للعلامة في القواعد، وعلله جامع المقاصد بأمتناع صرفه الى احدهما نظراً الى عدم الاولوية فيتعين ذلك قال: ويحتمل الان صرفه الى ماشاء، لعدم القصد وامتناع وقوعه بدونه، وذكر الجواهر مثل هذا الاحتمال أيضاً .

ومنه يعلم، ان مرادهم بالتقسيط النسبة لا التنصيف ، فاذا كان دينه مأة و دين المضمون عنه خمسين واعطى ستين كان اربعون له و عشرون للمضمون عنه، لكن الاقرب انه يقع وفاءاً لما في ذمته . فان كان ما أداه زائداً عليه كان الزائد عن المضمون عنه و الا بقي الضمان عليه ، و ذلك لان الاداء عن الغير يحتاج الى قصده فما دام لم يقصد ذلك لم يكن اداءاً بخلاف ما على النفس، فانه لايحتاج الى قصد النفس ليكون اداءاً عنها، وكذلك في سائر الامور كما اذا كانت عليه صلاة ظهر، أو صيام نذر أو خمس اوزكاة اوحج نذر، وكان عليه أيضاً أمثالها لغيره استيجاراً، فانه اذا أتى بأحدها بدون قصد الغير كان ما أتى لنفسه، واذ لم يقع ما أعطى عن المضمون عنه لا حق له في الرجوع اليه .

ومما تقدم ظهر الاشكال في قول المستمسك من تمثيله المقام بما اذا كان عليه صومان احدهما للكفارة والاخر للقضاء فصام يوماً ولم يعين فانه يبطل، ولا يصح لاحدهما قال: وكذا في المقام مادام كل واحد من الدينين متعيناً في نفسه في مقابل الاخر لم يحصل الوفاء القصدى الا بقصد احد المتعينين و الا خرج عن كونه قصدياً الى آخر كلامه.

اذ قد تقدم ان الاصل كون الوفاء عن النفس، وان لم يقصد كونه عن نفسه

ويحتمل القرعة ويحتمل كونه مخيراً فى التعيين بعد ذلك

فليس المقام من قبيل صومين كليهما عن نفسه ، كما انه ليس كذلك مـا اذا كان صومان كلاهما عن غيـره مثل صوم زيد وصوم عمر ، كما انه ظهر بما تقدم الاشكال في التقسيط .

(ويحتمل القرعة) كما في الجواهر وغيره واستوجهه المحقق الثاني ،و ذلك لانها لكل أمر مشكل، وقد حقق في محله ، ان المشكل قد يكون ظاهرياً وقد يكون واقعياً، أي لاواقع له ، كما اذا طلق زوجته، ثم شك في ان الطالق أيتهما أو طلق واحدة بدون تعيين ، حيث تعين بالقرعة، لكن احتمـال القرعة ضعيف بعد ان كان مقتضى القـاعدة ما ذكرناه من انه عن نفسه أو مـا ذكروه من التقسيط، ولذا ضعف هذا الاحتمال السيدان الحكيم والجمال و غيرهما ، وان سكت على المتن جماعة من المعلقين .

(ويحتمل كونه مخيراً في التعيين بعد ذلك) كما ذكر هذا الاحتمال غير واحد ، وقد قال به المستمسك معللا بانه هو المتعين الذي تقتضيه الادلة فيبقى المدفوع على ملك الدافع الى ان يعين المراد له .

وفيه : ما تقدم من ان القاعدة تقتضي التقسيط أو كونه عن نفسه .

نعم، ما ذكرناه من كون القاعدة الثاني انما يصح اذا كان الدين عن نفسه وعن غيره، أما اذا كان الدين عن نفرين غيره ، فالقاعدة التقسيط بالنسبة لمـا استدل له به في المقام فانه وان لم يصح في المقام الا انه مقتضى القاعدة في دين نفرين .

والاظهر الاول ، وكذا الحال فى نظائر المسألة كما اذا كان عليه دين وعليه رهن ودين آخـر لارهن عليه فأدى مقدار أحدهمـا أو كان أحدهمـا من باب القرض والاخر ثمن مبيع

ثم انه تترتب بعض الاثار على قول المستمسك، و قولنا و قول المقسط، حيث انه لا خمس عليه على قولنـا ، اذ قد ذهب ملكه فلا شيء له عند رأس السنة حتى يخمس بينما المستمسك يلزمه اعطاء الخمس الكامل ، أما القـائل بالتقسيط فاللازم عليه اعطاء خمس غير مقدار دينه ، اذ ما يقع للمضمون عنه من المال يبقى بدله في كيس الضامن ، و حيث انه ربح كان عليه خمسه .

(والاظهر) مـا ذكرناه، وان كان الاظهر عند المصنف ومن لم يعلق عليه من المحشين (الاول، وكذا الحال) في التقسيط عنده (في نظائر المسألة كما اذا كان عليه دين وعليه رهن ودين آخر لارهن عليه فأدى مقدار أحدهما) فان المدفوع لو كان الاول بطل الرهن ، و ان كان الثاني بقي الرهن فيسقط ، لان كليهما على نفسه، وليس أحدهما على غيره حتى يقال: بان المعطى باطلاق كان من المعطي .

فتحصل: انه لو كان الدينان على نفسه، أوعلى غيره ، كان مقتضى القاعدة التقسيط ، ولو كان أحدهما على نفسه كان مقتضى القـاعدة ان يكون عن نفسه لا عن غيره .

(أو كان أحدهمـا من باب القرض والاخر ثمن مبيع) حيث انه اذا كان الوفاء عن القرض كان للبائع خيار عدم دفع الثمن ، بخلاف ماإذا كان ثمن المبيع ، أو اذا كان ثمن بيع الذهب ، وكان في المجلس بطل البيع اذا قصد

وهكذا فان الظاهر فى الجميع التقسيط وكذا الحال اذا أبرء المضمون له مقدار أحد الدينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدين الاصلى ويقبل قوله اذا ادعى التعيين فى القصد لانه لايعلم الامن قبله .

به قرضه ، لاثمن الذهب، ولم يدفع ثمن الذهب حتى تفرقا عن المجلس الى غير ذلك من الفوائد .

(وهكذا) فان المسألة سيالة (فان الظاهر في الجميع التقسيط) ان كانا على نفسه أو على نفرين غيره أو على انسان غيره وكونه عن نفسه ان كان الدينان على نفسه وعلى غيره .

(و كذا الحال اذا أبرء المضمون له مقدار أحد الدينين مع عدم قصد) المبرء (كونه من مال الضمان أو من الدين الاصلي) فانه يسقط بينهما بالنسبة وعلى قول المستمسك يبقى حتى يعين انه يريد أحدهما أو كليهما بالتنصيف أو بالتقسيط أو بسائر النسب، فان كان من مال الضمان لم يرجع الضامن على المضمون عنه، وان كان من غيره رجع لما سبق من انه لايحق للضامن الرجوع الا بمقدار ما دفع .

(ويقبل قوله اذا ادعى التعيين في القصد لانه لايعلم الا من قبله) وان أنكره الطرف حلف، وقد تقدم وجه كلا الامرين .

قال في الجواهر : ولو ادعى أحدهما العلم على الآخر كان له اليمين على نفيه .

و قد ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في [كتاب القضاء] و الله سبحانه العالم .

مسألة ــ ٢٨ ــ لايشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه

(مسألة ـ ٢٨ ـ لايشترط علم الضامن حين الضمـان بثبوت الدين على المضمون عنه) وذلك لاطلاق الدليل أو مناطه بعد كونه عقلائياً ، ولاغرر عرفاً في ذلك، فلا يشمله نهي النبي صلى الله عليه وآله و سلم عن الغرر ، بل ربما استظهر من جامع المقاصد والمسالك ظهوره والتسالم عليه .

قال في المستمسك: وعمومات الصحة تقتضي عدم اشتراط ذلك، و عدم الاشتراط هو الظاهر من كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم ـ على كثرتهم ـ حيث سكتوا على المتن،الا انأحدهم تأمل فيه بل مقتضىذلك عدم اشتراطعلم المضمون عنه، ولاالمضمون له لما عرفت من الاطلاق ، أو المناط العقلائية ، بل لو أصر على العلـم ، اذ لا اطلاق في أدلة الضمان نقول : بأن عمومات [أوفو] ونحوه يشمله .

لكن قال في الشرائع: ولايشترط العلم بكمية المال، فلو ضمن ما فيذمته صح على الاشبه ويلزمه ما تقوم به البينة انه كان ثابتاً في ذمته وقت الضمـان لامايوجب في كتاب ، ولامايقربه المضمون عنه، ولا مايحلف عليه المضمون لهبرداليمين، أما لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح، لانه لايعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان ـ انتهى .

و قـال في الجواهر ـ بعد العبارة الاخيرة ـ كما في القواعد و محكى التحرير والارشاد والمختلف حكماً وتعليلا ، وكذا المبسوط و السرائر ، بل هو المحكى عن المفيد والتقى .

كما لايشترط العلم بمقداره فلو ادعى رجل على آخر ديناً فقال على ماعليه يصح

اقول : واستدل للاشتراط في مفتاح الكرامة بعد ان نسبه الى الاصحاب بقاعدة نفي الغرر ، وبدليل العقل ، لكن قد عرفت ان المشهور عند الاصحاب عدم الاشتراط والعقل لايرى به بأساً، بل يعتاد ذلك العقلاء فلاغرر عرفي حتى يشمله دليل نفي الغرر[1] ، واذ يشمله الدليل فلا مجال للتمسك باصالة عدم الصحة في العقود المشكوكة .

(كما لايشترط العلم بمقداره) ولابجنسه ، كما اذا لم يعلم انه دينار ، أو درهم، أو لم يعلم انه عشرة أو مائة .

نعم ، يلزم ان لايكون غرراً عرفاً و يكون مقصوداً في الضمان ، فاذا كان قصده بين العشرة والمأة و كان أكثر لم يكن ضامناً للاكثر منها، لانه لم يقصده عند الضمان والعقود تتبع القصود، وقد تقدم في المسألة الاولى عدم اشتراط العلم بمقداره .

(فلو ادعى رجل على آخر ديناً فقال) الضامن (علي ما عليه يصح) ثم ان ادعى الضامن بعد ذلك انه لم يعلم ان مقداره كان ألفاً، وانما ظن انه الى المأة مثلا، فهل يصدق حتى يكون الباقي على المضمون عنه نفسه، لانه لايعرف الا من قبله والاصل بقائه على ذمة المضمون عنه، أو لايصدق، لانه من قبيل الانكار

---

(١) الوسائل : ج ص ٢٦٦ الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشرائطه ح ١٢ .

وحينئذفان ثبت بالبينة يجب عليه ادائه سواء كانت سابقة أو لاحقة
وكذاان ثبت بالاقرار السابق على الضمان

بعد الاقرار، كما لو أقران ما في صندوقه لزيد ثم قال: ظننت ان فيه مال زيد والان أرى ان فيه مالي ومالي أو يصدق في ضمانه للاقل، وانما يجب عليه ان يدفع التفاوت اذا سبب ضمانه تفويت المضمون عنه، لانه غار، و المغرور يرجع الى من غره، بخلاف ما اذا لم يكن غرور، احتمالات، والظاهر الاول ويلزم عليه اليمين لانه منكر.

نعم، اذا حصل الغرور ـ و ان كان عن جهل من الغار ـ كان عليه من بابه لا من باب الضمان.

(وحينئذ فان ثبت بالبينة) أصله ومقداره (يجب عليه ادائه سواء كانت) البينة (سابقة) على الضمان (أو لاحقة) لاطلاق دليل حجية البينة، مثل قوله عليه السلام: الا ان تقوم به البينة، كما ذكرنا تفصيله في كتابي: [التقليد و القضاء].

(وكذا ان ثبت بالاقرار) من المضمون عنه (السابق على الضمان) لان اقرار العقلاء على أنفسهم جائز، فقد أقر المضمون عنه بأن عليه كذا فثبت عليه، فاذا ضمنه ضامن انتقل الى الضامن.

نعم، ينبغي ان يقال: انه لو كذب الضامن المقر وأثبت ذلك ببينة سقط الاقرار، لانه لايقاوم البينة بعد انه طريقي، لايثبت الحق واقعاً، كما ان اليد والسوق والارض ونحوها تسقط حجيتها بالبينة.

أو باليمين المردودة وأما اذا أقر المضمون عنه بعد الضمان أو ثبت باليمين المردودة

(أو باليمين المردودة) و كذلك قبل الضمان كما اذا تنازع المضمون عنه وله في أصل الدين، أو في قدره وقد انكر المضمون عنه الدين ـ أصلا أو قدراً الذي يدعيه المضمون له و لم يقم المضمون له البينة على دعواه فكان على المضمون عنه اليمين على النفي فلم يحلف ورد اليمين على المضمون له فحلف حيث يثبت بذلك الدين، بل ينبغي ان يقال : مثله فيما اذا قلنا بأن مجرد النكول يثبت الدين، وان لم يرد اليمين .

(و أما اذا أقر المضمون عنه بعد الضمان) فهل يثبت على الضامن ، لان الاقرار مثبت، وقد ضمنه الضامن ، وان كان اجراء الضمان قبل الاثبات ، كما اذا كان اجراء الضمان قبل البينة المثبتة للدين ، كما ذهب اليه أبو الصلاح و أبو المكارم في ما حكى منهما، أو لايثبت، كما في الشرائع على تفسير الجواهر قال مازجاً: ولا ما يقربه المضمون عنه بعد الضمان الذي يكون اقراراً في حق الغير احتمالان .

(أوثبت باليمين المردودة) بعد الضمان ، فهل يثبت كما حكي عن المقنعة فألزمه به ، وفي المسالك بناءاً على كون اليمين المردودة كالبينة يتجه وجوب الاداء عليه لعدم الفرق فيها بين كون الخصم الضامن أو المضمون عنه ، لان الحق يثبت بها مطلقاً ، بخلاف الاقرار، أو لايثبت كما يظهر من الشرائع قال: ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين ، أو يفصل بين رضى الضامن ، فالاول وبين عدم

فلايكون حجة على الضامن اذا أنكره

رضاه ، فالثاني ،كما عن النهاية والقاضي . قال في الجواهر ، نقلاعنهما ، قال فان حلف ، أي المضمون له على مايدعيه واختار هو ذلك وجب عليه الخروج منه لصيرورة الخصومة معه أيضاً فيكون اليمين حجة في حقه ، احتمالات .

(ف) المصنف على انه (لايكون) اقرارالمضمون عنه بعد الضمان ، وحلف المضمون له اليمين المردودة عليه من قبل المضمون عنه (حجة على الضامن اذا أنكره) .

أما عدم الثبوت بالاقرارفلانه اقرارفي حق الغير ، وأما عدم الثبوت باليمين المردودة، فلما ذكره المستمسك من انها بمنزلة الأقرار من هذه الجهة لاتكون حجة للحاكم في فصل الخصومة لقصور دليل حجيتها عن شمول ذلك .

اما من قال بحجية الاقرار ، فقد استدل له بانه اقرار في حق النفس ، اذ الضامن يرجع الى المضمون عنه بالاخرة بالاضافة الى انه واقع كثيراً فيلزم من عدم سماع اقراره هدر الحق ، فهوأولى بالسماع مما اذا أقربأنه قتل فلاناً خطاءاً ، حيث ان الدية على العاقلة ولم يقل أحدبأنه لايسمع الاقرار بالقتل خطاءاً .

وكذا اذا أقرالفقير بأنه مدين لفلان فيما اذا كان الدين على الزكاة ، الى غير ذلك من الامثلة ، وهذا أقرب الى الصناعة ، وان كان الاصل مع المصنف وأما من قال بالثبوت باليمين المردودة ، فقداستدل له بانها حجة واطلاق أدلتها يقتضي عدم الفرق بين كونها قبل الضمان أو بعده، فاذا ثبت في حق المضمون عنه ثبت على الضامن ، فالقول بقصور دليل حجيتها عن شمول ذلك غيرظاهر الوجه .

ويلزم بأدائه فى الظاهر ولو اختلف الضامن والمضمون له فى ثبوت الدين أو مقداره فأقر لضامن أورد اليمين على المضمون له

ومنه يعلم عدم الفرق بين رضى الضامن وعدمه، اذ الاطلاق شامل لهما، وهذا أيضاً أقرب الى الصناعة، وان كان عدم الحجية على الضامن مقتضى الاصل.

(ويلزم) المضمون عنه (بأدائه) اي اداء الدين الذى أقر به أو رد اليمين فحلف المضمون له (في الظاهر) حسب الاقرار والحلف وانما قال: في الظاهر لان الاقرار والحلف لا يثبتان الواقع فهما كالبينـة طرق ظاهرية ، وقد أشكل المستمسك على الماتن بقوله: هذا اللزوم غير ظاهر للعلم بفراغ ذمة المضمون عنه، لانه ان كان مشغول الذمة قبل الضمان فقد برئت بالضمان، وان كان برىء الذمة قبل الضمان فلا موجب لاشتغالها فأخذ المال منه مما يعلم بعدم استحقاقه ـ انتهى.

ويرد عليه ان الحكم ظاهرى، حيث انه لم يدل دليل على ضمان الضامن وقد اعترف بأنه مديون كان اللازم عليه الاداء، فهو كما اذا اعترف بانه مديون والضامن يعلم بانه ليس بمديون، فانه ليس على الضامن ان يؤدى، وان كان اللازم بحكم اقراره الاداء .

(ولو اختلف الضامن والمضمون له في ثبوت الدين أو مقداره) سواء فى المقام أو غيره، كما اذا ضمنه على دين معلوم ثم اختلفا، سواء في الدين لادعاء الضامن أن المضمون ابرء أو قبل تبرعاً من غيره فلا يطلب شيئاً أو فى مقداره.

(فأقر الضامن) بما يقوله المضمون له (أورد اليمين على المضمون له

فحلف ليس له الرجوع على لمضمون عنه اذا كان منكراً ، وان كان أصل الضمان باذنه ولابد فيالبينة المثبتة للدين أن تشهد بثبوته حين الضمان

فحلف) حيث لم تكن بينة (ليس له الرجوع على المضمون عنه اذا كان) المضمون عنه (منكراً) وذلك لان اقرار الضامن لايثبت الدين على المضمون عنه، فان الاقرار يثبت على المقر لا على غيره، وكذا حال اليمين المردودة.

(و ان كان أصل الضمان باذنه) فان اذن المضمون عنه لا يوجب حجية الاقرار ونحوه فى حقه، فانه لا تلازم شرعي ولاعقلي بينهما.

(و لابد في البينة المثبتة للدين) الموجبة لاشتغال ذمة الضامن (ان تشهد ثبوته حين الضمان) فان الضمان نقل ما فيذمة المضمون عنه، وحيث لاتثبت البينة اشتغال ذمته ـ و قد فرض عدم العلم به ـ لم يكن نقل ، فان البينة على خمسة اقسام : لانها أما تثبت الدين قبل الضمان بما يمكن بقائه و عدمه الى حين الضمان، كمااذا أثبتت ان ذمة المضمون عنه كانت مشغولة قبل سنةمن الضمان، أو تثبت حين الضمان ومثله قبل الضمان بما لا يمكن سقوطه ، أو تثبت بعد الضمان بما لايدل على كونه حين الضمان، اذ ربما تثبت انه مديون مائة لاشتراء الأكل لنفسه وعائلته ـ وقال: ان دينه في شهر محرم ـ فان الاشتراء لم يتحقق قطعاً بهذا الثمن لشهر محرم ، مما يدل على انه كان فيوقت الضمان وهو شهر ذى الحجة مديوناً، أو تثبت مطلقاً، اى ديناً ممتداً من قبل الضمان الى الحال، أو تثبت في الجملة، بأن قالت انه مديون بدون تعيين المدة، مما

فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت ولم يعلم سبقه على الضمان أو لحوقه لم يجب على الضامن أدائه .

يمكن انطباقه على كل من الاربعة المتقدمة ، والضمان انما يكون في صورتين الاطلاق، وحين الضمان.

(فلو شهدت بالدين اللاحق أو اطلقت و لم يعلم سبقه على الضمان أو لحوقه) أو أثبتت الدين السابق مما يمكن بقائه وعدمه حين الضمان (لم يجب على الضامن ادائه) أما في الاولين فلعدم ثبوت الدين حال الضمان لينتقل الى ذمة الضامن والاصل عدمه، واما في الثالث فلان الاستصحاب وان كان محكماً في بقاء الدين، الا ان المنصرف من الضمان غير مثل الدين المستصحب.

نعم، اذا كان من قصدهما حتى المستصحب منه ـ اى ما يثبت شرعاً ـ كان اللازم الاداء وقد ذكروا مثله في باب قيام البينة بجرح الشهود بعد الحكم و انه يوجب نقض الحكم في ما تعلق الجرح بوقت الشهادة أو كان متعلقاً بالممتد ، لا ما اذا تعلق بقبل الشهادة أو بعدها أو في الجملة.

* * *

مسألة ـ ٢٩ ـ لو قال الضامن على ما تشهد به البينة، وجب عليه أداء ما شهدت بثبوته حين التكلم بهذا الكلام لانها طريق الى الواقع وكاشف عن كون الدين ثابتاً حينه فما في الشرائع من الحكم بعدم الصحة لا وجه له ولا للتعليل الذي ذكره بقوله لانه لايعلم ثبوته في الذمة

(مسألة ـ ٢٩ ـ لو قال الضامن علي) ما أقر أو يقر بثبوته عليه ضمن بما حصل بالنسبة اليه اقرار وذلك لانه ضمان عقلائي لم يردع الشارع عنه فيشمله دليله .

فاحتمال انه لايضمن مطلقاً ، لان الاقرار لايثبت الواقع ، والضامن انما يضمن الواقع ، او لايضمن في الثاني ، أى ما اقر بعد الضمان ، لانـه حال الضمان لم يكن مشغول الذمة لا قطعاً ولا اقراراً، لفرض ان الاقرار حصل بعد الضمان غير وجيه.

ولو قال الضامن : علي (ماتشهد به البينة وجب عليه أداء ماشهدت بثبوته حين التكلم بهذا الكلام) أي حين الضمان ، أي سواء شهدت امتداداً ، أو في ذلك الوقت ، كما عرفت في المسألة السابقة (لانها) أي الشهادة (طريق الى الواقع وكاشف عـن كون الدين ثابتاً حينه) قال عليـه السلام : والاشياء كلها على ذلك حتـى تستبين ، أو تقوم به البينة . الى غير ذلك من الادلة المثبتـة لحجية البينة .

(فما في الشرائع من الحكم بعدم الصحة لاوجه له ولاالتعليل الذى ذكره بقوله لانه لايعلم ثبوته في الذمة) قال : لوضمن ماتشهد به عليه لم يصح ، لانه

الا ان يكون مراده فى صورة اطلاق البينة المحتمل للثبــوت بعد الضمان،

لايعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان .

أقول : هـذا الحكم محكى عن القواعد والتحرير والارشاد والمختلف معللين له بهذا التعليل ، كما حكي عن المفيد والتقي والمبسوط والسرائر .

قال في الجواهر: وفسر في المسالك تبعاً لجامع المقاصد بانه لما علم اشتراط صحة الضمان بثبوت الدين في الذمة حاله فضمانه حينئذ بالصيغة المزبورة شامل لما اذا كان كذلك ، ولما يتجدد فلايصح، اذ لايدل على الضمان المتقدم ، لان العام لا يدل على الخاص .

وفيه : ان المتجه ـ مع فرض ارادة العموم من الصيغة لاقتضاء لفظ [ما] ذلك ـ الصحة في الثابت بها وقت الضمان والبطلان في المتجدد لاالفساد في الجميع ولعل الاولى تفسير ذلك بارادة بيان عدم صحة ضمان مايثبت بالبينة من حيث كونه كذلك ، لانه حينئذ من ضمان مالم يجب ضرورة عدم جعل عنوان الضمان ما في ذمته والبينة طريق لمعرفته ، بل كان العنوان مايثبت ، والفرض وقوعه قبل ثبوتها ومن هنا أردف التعليل المزبور في المختلف بقوله فلايصح لانه ضمان لم يجب ـ انتهى كلام الجواهر ملخصاً .

أقول: اشكال الجواهر عليهما تام، اذ لاوجه لبطلان الخاص ببطلان العام بما هو عام ، هذا بالاضافة الى مافسراه ليس ظاهر كلام المحقق كما اعترفا به، أما تفسير الجواهر فسيأتي الكلام فيه .

(الا أن يكون مراده في صورة اطلاق البينة المحتمل للثبوت بعد الضمان)

وأما ما في الجواهر من آن مراده بيان عدم صحة ضمان ما يثبت بالبينة من حيث كونه كذلك لانه من ضمان مالم يجب حيث لم يجعل العنوان ضمان ما في ذمته لتكون البينة طريقاً بل جعل العنوان ما يثبت بها والفرض وقوعه قبل ثبوته بها فهو كما ترى لاوجه له .

اذ قد تشهد البينة بأنه كان مطلوباً حين الضمان ، وقد تشهد بأنه كان مطلوباً قبل الضمان مما يحتمل بقائه وانتفائه ـ وقد تشهد بأنه كان مطلوباً بعد الضمان ، وقد تشهد بالمطلوبية الممتدة الشاملة للاوقات الثلاثة ، وقد تشهد بالمطلوبية في الجملة ، فانه في الاخير لا يثبت ، اذ لا دلالة للبينة حينئذ على الطلب حال الضمان، مع ان الضمان لايكون الا اذا كان الطلب حال الضمان .

(وأما ما في الجواهر من) تفسير كلام المحقق بـ(أن مراده بيان عدم صحة ضمان ما يثبت بالبينة من حيث كونه كذلك) لان الضمان لابد من تعلقه بالدين بعنوانه أوبعنوان ملازم له ليشار به اليه ، ومايشهد به البينة ليس كذلك ، فالصحيح ماكانت البينة على وجه المعرفية والمشيرية الى مافي ذمة المضمون عنه لاما اذا كان الثبوت بالبينة على وجه التقييد.

(لانه من ضمان مالم يجب حيث لم يجعل العنوان ضمان مافي ذمته لتكون البينة طريقاً بل جعل العنوان) في الضمان (مايثبت بها) في المستقبل (والفرض وقوعه) اي الضمان (قبل ثبوته بها) بالبينة (فهو كماترى لاوجه له) كان المصنف أراد انه لاوجه لاستفادة الجواهر من الشرائع هذا المعنى ، لانه على تقدير ارادة

الشرائع هذا المعنى لاوجه للحكم المذكور .

وفيه: ان المختلف قد ذكر ذلك كما تقدم مما يؤيد ارادة الشرائـع هذا المعنى فلا وجه لمنع المصنف اياه ، وان أراد المصنف انـه لا وجه للحكم المذكور على تقدير كون المراد من الشرائع ما فهمه الجواهر .

ففيه: ان وجهه واضح وهو انه ضمان لم يجب، وفي مفتاح الكرامة حمل العبارة على أمر رابع و هو عدم العلم حال الضمان بالثبوت حاله فيكون من ضمان مجهول الثبوت وهو غير صحيح لاشتراط العلم بالثبوت حال الضمان ورده المستمسك بأنه بعيد عن سيرة الاصحاب ، اذ لو كان العلم وقت الضمان بثبوت الدين شرطاً للضمان كان اللازم عده في جملة شرائطه التي فصلت في كتبهم لا اهماله، والاشارة اليه بمثل هذه العبارة ، مضافاً على عدم الدليل عليه غير الغرر وهو غير ثابت.

أقول: ان اراد عدم الثبوت نفي الموضوع، أي انه لاغرر ففيه انه ثابت اذ لايرى العرف ذلك غرراً، وان اراد نفي الحكم، أي انه مع كونـه غرراً لا مانع منه. لعدم ثبوت نهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر ـ كماهو الظاهر منه ، بقرينة تكراره [ره] في جملة من كتبه من الشرح ذلك ـ ففيه انه ثابت لورود الرواية، وقد عمل بها الفقهاء، بل ظاهرهم التسالم عليه.

* * *

مسألة ـ ٣٠ ـ يجوز الدور فى الضمان بأن يضمن عن الضامن ضامن آخر ويضمن عنه المضمون عنه الاصيل، وما عن المبسوط من عدم صحته لاستلزامه صيرورة الفرع أصلا وبالعكس، ولعدم الفائدة لرجوع الدين كما كان مردود بأن الاول غير صالح للمانعية بل الثانى أيضاً كذلك

(مسألة ـ ٣٠ ـ يجوز الدور في الضمان بأن يضمن عن الضامن ضامن آخر ويضمن عنه المضمون عنه الاصيل) كما هو المشهور خلافاً للمحكي عن المبسوط حيث منعه ، اما المشهور فقد استدلوا بالاطلاقات مع انه أمر عقلائي فلا يقال : ان الاطلاق منصرف عنه ، لانه غير عقلائي والادلة منصرفة الى العقلائية .

(وماعن المبسوط من عدم صحته لاستلزامه صيرورة الفرع أصلاوبالعكس) وظاهر الدليل عدم مثل ذلك، لانه منصرف الى الغالب العقلائي مما ليس منه ما يصير كذلك .

(و لعدم الفائدة لرجوع الدين كما كان) فليس عقلائياً حتى يشمله الدليل (مردود بأن الاول غير صالح للمانعية) اذ لانسلم ان ظاهر الدليل عدم مثل ذلك بل هو مثل ما اذا اشترى البائع ما باعه .

(بل الثانـي أيضاً كذلك) لان مجرد عدم الفائدة لا يوجب الخروج عن اطلاق الادلة ـ كما في المستمسك ـ فان المعيار في الصحة العقلائية، وهي لا تلازم الفائدة، بل تلازم الغرض العقلائي، بل العقلاء يقدمون على ما فيه ضرر

مع أن الفائدة يظهر فى الاعسار و اليسار وفى الحلول والتأجيل و الاذن وعدمه وكذا يجوز التسلسل بلا اشكال .

لاجل حصول غرض لهم كالبيع بالضرر لملاحظة ان المشتري قريب أو ما أشبه .

(مع ان الفائدة يظهر في الاعسار واليسار) فلو كان احدهما معسراً ولم يعلم به المضمون له صح له الفسخ بخلاف الموسر منهما .

(وفي الحلول والتأجيل) حيث يصح جعل الحال مؤجلاوبالعكس (والاذن وعدمه) والرهن وعدمه والابراء ولوازمه الى غير ذلك.

لكن لا يخفى انه لولا الجواب الاول لم ينفع الجواب الثاني فى كلية صحة الضمان، اذ الجواب الثاني يصحح مواضع الفائدة، نعم هو يبطل كلية عدم الصحة، لانالموجبة الجزئية نقيض السالبة الكلية .

وكيف كان، فالجواز مطلق، سواء كانبدون تعدد الوسائط او تعدده، وهو مقتضى القاعدة، ولذا قال في الجواهر: لااشكال في جواز الدور.

(وكذا يجوز التسلسل بلا اشكال) قاله فى الجواهر ، وقال في المسالك لاشبهة في جوازه، وقل في محكى مجمع البرهان : الظاهر عدم الخلاف فيه عند الاصحاب، وبذلك يظهر جواز اشتماله على الدور والتسلسل معاً .

مسألة ــ ٣١ ــ اذا كان المديون فقيراً يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أوالمظالم أو نحوها من الوجوه التى تنطبق عليه اذا كانت ذمته مشغولة بها فعلا

(مسألة ـ ٣١ ـ اذاكان المديون فقيراً) او مستحقاً لسهم الامام عليه السلام مثلا: من باب انه يخدم الاسلام، فقد قال الامام عليه السلام: ان الخمس عوننا على ديننا، اومستحقاً للزكاة من باب كونه عاملا، اومؤلفة أوما اشبه.

(يجوز ان يضمن عنه) الولي كالمجتهد ، اومن عليه الخمس والزكاة، حيث يجوز لهما صرفهما بأنفسهما، ولو بأن كانا استجازا الحاكم في صرفهما بانفسهما (بالوفاء من طرف الخمس اوالزكاة اوالمظالم اونحوها) كما اذا نذر ان يؤدي ديناراً الى الفقير، او كان بيده وقف على الطلاب او ما اشبه ذلك (من الوجوه التي تنطبق عليه) لوضوح ان غير المنطبق من الوجه لا يصح، فهو مثل أن يضمن بمال غيره (اذا كانت ذمته) ذمة الضامن (مشغولة بها فعلا) وانما يصح ذلك لانه من قبيل الضمان في مال معين كما تقدم في المسألة الرابعة و العشرين فقد شغل الذى عليه الحق ذمته بالدين الذى على الفقير على وجه اشتراط، أوتقييد اعطائه من المال الخاص الذى عليه من الخمس والزكاة و نحوهما، وانما يصح له ذلك لانه ولي سواء كانت ولايته بالفقاهة، أو بالاجازة من الفقيه أولانه الواجب عليه الحق بنفسه وله أن يضعه حيث يشاء من المصارف المقررة وهذا مصرف مقرر شرعاً وعليه فالذمة مشغولة .

أما الاحتمالان الاخران اللذان ذكرهما المستمسك من نقل الدين من ذمة الفقير الى مصرف الخمس أوغيره بأن يكون المتعهد الصرف الخاص ومن التعهد

بل وان لم تشتغل فعلا

بالوفاء من الحق الخاص من دون اشتغال ذمته بالمال، لان التعهد كان بالوفاء لا بالمال، فيرد عليهما انهما ليسا من الضمان الشرعيفانه حيث لاذمة للضامن تتحمل الدين لم يكن ضمان.

أما اشكاله على ما ذكرناه من الفرض بأنه يتوقف على ولاية له على الحق وثبوت هذه الولاية غير واضح من الادلة، خصوصاً في الخمس ورد المظالم والكفارات ونحوها من الحقوق التي يجب تمليكها الى الفقير ، فأنه لا تبرء ذمة من عليه الحق الا بالتمليك والوفاء على النحو المذكور ليس تمليكاً الى آخر كلامه.

فيرد أن الحاكم، او من اجازه، اومن عليه الحق اذا كان له التصرف كما يشاء له ولاية، فأن جعل الحق تحت اختياره هوعين الولاية والضمان المتعقب بالعطاء وفاء وقدذكرنا في كتابى [الاجتهاد والتقليد] و [الحكم في الاسلام] و غيرهما شمول ولاية الفقيه لكل الشئون في الاطار الاسلامي، كما هو المستفاد من [خلفائي] و [فأرجعوا] وغيرهما .

ومنه يعلم، وجه سكوت جملة من المعلقين كالسيدالبروجردى وغيرهعلى الماتن وان قال السيد ابن‌العم: بل لا يجوز مطلقاً، وقال السيد الجمال: جواز الضمان في غاية الاشكال ، خصوصاً في ماعدا الخمس والزكاة، بل لا يبعد عدم جوازه مطلقاً .

(بل وان لم تشتغل فعلا) كما اذا لم يكن عند الحاكم خمس أو زكاة ،

على اشكال .

أو لم يخمس الى رأس السنه من عليه الخمس والزكاة، وذلك لان الفرض ان الضامن ينقل ما في ذمة المضمون عنه الى ذمة نفسه مقيداً، أو بشرط ادائه عن الحقوق.ولايشترط في ذلك وجود الحقوق الان ـ نعم،لايصح أن يضمن العطاء حالا، والحقوق ليست موجودة الان، اذ لاموضوع حينئذ ، وذلك خارج عن أصل مبحث صحة ذلك في الجملة ـ فهومثل أن يضمن بشرط، أو قيد أن يؤديه من اجارة داره، أو ثمرة بستانه، وكلاهما لاوجود لهما فعلا، وانما يصح ذلك لاطلاق دليل الضمان بعد كونه عقلائياً في نفسه .

(على اشكال) اذ لا ولاية للحاكم و المالك على الخمس و الزكاة قبل وجودهما فكيف يجعلهما متعلق حق الضمان، لكن الظاهر عدم الاشكال فيه ، لان السيطرة الاستقبالية تصحح الولاية الحالية ، فهو نظير ما اذا اشترى ولي الزكاة محلا لتجميع الزكواة، أو علفاً لانعام الصدقة، الى غير ذلك نسيئة فيما لاوجود للزكاة حالا، فان الاشتراء يكون على الزكاة بجعله الثمن عليها حين وصولها اليه، ولذا جرت سيرة الفقهاء على القرض لمشاهرة الطلاب، وسائر شئون الاسلام على الخمس والزكاة الذين يحصلانهما بعداً .

مسألة ـ ٣٢ ـ اذا كان الدين الذى على المـديون زكاة أو خمساً جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعى بل ولاحادالفقراء على اشكال .

(مسألة ـ ٣٢ ـ اذا كان الدين الذي على المديون زكاة أوخمساً) أوجزية أو خراجاً أو مقاسمة (جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي) أو المسادة و الفقراء وسائر المصارف ، اذا كان لمن عليه الحق ان يعطيه بنفسه، أما ابتداءاً أو بعد اجازة الحاكم له، ولذا قال: (بل ولاحاد الفقراء) وذلك لان الحاكم و نحوه لهم تلك الاموال، ومن عليه الحق مديون، واطلاق دليل الضمان يشمل الضمان في مثل هذه الموارد .

ومنه يعلم، وجه قول المستمسك، و كذلك الحكم في الصدقات المعينة للجهات اذا كانت ديناً فضمنه للجهة المعينة اعتبر قبول الولي الخاص ان كان، والا كان القبول من الحاكم الشرعي، كل ذلك لعموم الادلة المقتضية للصحة ـ انتهى .

و كذلك ما اذا كان ريعه للطلبة مثلا في هذه المدرسة فضمنه ضامن، الى غير ذلك من الامثلة ، و قد جرت العادة بضمان بعض لمن عليه الخمس عند حكام الشرع، في عصرنا الحاضر على ما شاهدناه .

(على اشكال) غير وجيه، وان سكت عليه السيدان ابن العم والبروجردي وقواه السيد الجمال، و ظاهر المستمسك تأييده، حيث قال : الاشكال ظاهر ، لان احاد الفقراء لايملكون المال، بل ولاحق لهم فيه، اذ لادليل لهم على شيء من ذلك فلا ولاية لهم عليه .

و فيه ، أولا : ان دليله أخص من المدعى ، اللهم الا أن يريـد المصنف الاشكال في الثاني فقط ،كمايقتضيه ما قالوه في الاستثناء المتعقب للمجمل .

و ثانياً : بأن احاد الفقراء لهم الحق، فان الطبيعة لاتتحقق الافي أفرادها ، خصوصاً اذا انحصر الامر، مثلا: كان في قرية لايتمكن من ايصال زكاته، الى غير فقراء تلك القرية و كانوا عشرة .

قال سبحانه: «والذين في أموالهم حق معلوم للسائل و المحروم»[١].
وقال سبحانه: «انما الصدقات للفقراء»[٢] الى غير ذلك .

بل ربما يؤيد ذلك انه كما يصح أن يعطي المديون بالخمس ونحوه المال لانسان حتى يوصله الى الفقير ونحوه يصح له أن يفرغ ذمته الى ذمة غيره ، و لافرق بين العين والذمة .

نعم، ينبغي أن يقال في المقام ان بعض الاحكام التي تقدمت في باب الضمان لايجرى فى المقام، مثل انه لايحق للضامن المصالحة مع الفقير و نحوه بأقل من الخمس المقرر لما دل على عدم هذا الحق في المديون بهما ، و كذلك اذا لم يؤد الضامن كان للمصرف الحـق في الرجوع الى المضمون عنه ، اذ الضمان في المقـام لايمكنه تغيير الحكم الشرعي الذى هو عدم سقوط حق

(١) الذاريات : آية / ١٩ و٥١ .
(٢) التوبة : آية / ٩ و٦٠ .

الفقير ونحوه ، فالجمع بين اطلاق دليلي الضمان، وان الحق لايضيع يقتضي ذلك ، الى غيرهما من بعض الاحكام التي تستثني في المقام لاجل الدليل الخاص .

مسألة ـ ٣٣ ـ اذا ضمن فى مرض موته ، فان كان باذن المضمون عنه فلا اشكال فى خروجه من الاصل لانه ليس من التبرعات بل هو نظير القرض والبيع بثمن المثل نسيئة وان لم يكن باذنه فالاقوى خروجه من الاصل كسائر المنجزات،

(مسألة ـ ٣٣ ـ اذا ضمن في مرض موته، فان كان باذن المضمون عنه) حيث للضامن أن يرجع اليه اذا أداه الى المضمون له (فلا اشكال في خروجه من الاصل لانه) أي الضمان باذن المضمون عنه(ليس من التبرعات بل هو نظير القرض والبيع بثمن المثل نسيئة) وما أشبه ذلك من سائر معاملات المريض ، لكن اطلاق قوله : فلا اشكال محل منع، اذ قد يكون باذنه مع ان فيه اشكالا من جهة انه يعلم عدم تمكن المضمون عنه من الوفاء، فيكون مثل التبرع يلزم ان يكون من الثلث على قول من يرى ان مثل ذلك من الثلث، ونسبة المستمسك ذلك الى المسالك ـ مطلقاً غير ظاهر الوجه، فان المسالك قال ـ فيما لو ضمن بسؤال انه كما لو باع بثمن المثل نسيئة فالوجه حينئذ انه متى أمكن الرجوع على المضمون عنه، فهو من الأصل و ان لم يمكن لاعساره ونحوه ، فهو من الثلث، ولو امكن الرجوع بالبعض فهو كبيع المحابات يتوقف ما يفوت منه على الثلث .

(و ان لم يكن باذنه فالاقوى خروجه من الاصل كسائر المنجزات) على ما قويناه في بابه .

نعم على القول بالثلث يخرج منه .

(نعم على القول بالثلث يخرج منه) كما جعله الشرائع الاصح قائلا :اذا ضمن المريض في مرضه ومات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الاصح وحيث رأى الجواهر الاشكال في كلام المحقق قيده بكون الضمان تبرعاً ، و لعله لما ذكره المستمسك من ان قوله خرج ماضمنه من ثلث تركته ظاهر في الضمان التبرعي الذي يحتاج الى المخرج ، اذ الضمان المأذون فيه لا نقص فيه مالي كي يحتاج الى المخرج .

وكيف كان، فالمعلقون كافة الذين ظفرت بكلماتهم سكتوا على المتن،و ان كان مقتضى القاعدة ما ذكرناه .

* * *

مسألة ـ ٣٤ ـ اذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه كما اذا كان عليه خياطة ثوب مباشرة

(مسألة ـ ٣٤ ـ اذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لايصح ضمانه) لفرض ان المديون اشتغلت ذمته بنفسه، والضمان معناه انتقال ما في ذمة المديون الى ذمة الضامن، و من المعلوم ان ما في ذمة الضامن ليس مصداقاً لما في ذمة المديون، لكن اللازم ان يقيد المتن بما اذا كان اعتبار مباشرة المديون على نحو القيد ، حيث ان المقيد عدم عند عدم قيده ، اما اذا كان على نحو الشرط فاذا اسقط الشارط شرطه صح ان ينتقل الى ذمة غيره .

(كما اذا كان عليه خياطة ثوب مباشرة) ثم انه يستثنى من صورة القيد ما ذكره المستمسك بقوله : اللهم الا ان يقال : لا مانع من تعهد غير المديون بفعل المديون فمباشرة الخياطة مثلا: انما تقتضي اعتبار صدور الخياطة من المديون ولا تقتضي اعتبار اشتغال ذمته به فيجوز أن يتعهد غير الخياط بفعل الخياط بأن يستأجر زيد على خياطة ثوب، و يشترط أن يكون المباشر للخياطة عبده أو أجيره ـ انتهى .

أقول : ومراده ماذا امكن الجمع بين الضمان والمباشرة ، لا ماذا كان الضمان سبباً لعدم المباشرة مثلا ، فانه حيث ان الضمان يتنافر مع المباشرة لامجال للضمان حينئذ ، ولذا كان تخصيص المتن بذلك أولى من قوله : [اللهم] .

وكما اذا اشترط أداءِ الدين من مال معين للمديون، وكذا لايجوز ضمان الكلى فى المعين كما اذا باع صاعاً من صبرة معينة فانه لا يجوز الضمان عنه والاداءِ من غيرها

(وكما اذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون) يأتي هنا ماذكرناه من مسألة القيد والشرط ، وماذكره المستمسك من ان اعتبار الوفاء من مال معين لايقتضي اختصاص التعهدبه بمالك المال بحيث لايمكن أن يتعهدبه غيره وتشتغل ذمته به .

ثم انه لايمكن الضمان أيضاً فيما اذا كان الدين مقيداً بما لايقدر الضامن من انجازه ، أو مشروطاً كذلك ولم يسقط الشرط ، مثل كون الاداء فى زمان خاص أو مكان خاص أو ماأشبه، فكان على المصنف أن يذكره أيضاً .

(وكذا لايجوز ضمان الكلي في المعين كما اذاباع صاعاً من صبرة معينة) اذا كان الامرعلى نحو اشتغال ذمة البائع بأن ينقل الى ذمة الضامن، ماكان في ذمة المضمون عنه، وعليه فاشكال المستمسك عليه بقوله: الكلي في المعين ليس ثابتاً في ذمة فلايكون ضمانه من ضمان مافي الذمة الذى هو موضوع كتاب الضمان ـ انتهى ، محل نظر.

(فانه لايجوز الضمان عنه والاداء من غيرها) نعم، يجوز الضمان عنه والاداء من نفسها ، كما اذا كان المالك للكلي في المعين من صبرة متعدداً فضمن أحدهما عن الاخر ، وقد تقدم ان ضمان الاعيان لابأس به اذا كان على نحو اشتغال الذمة .

مع بقاء تلك الصبرة .

أما قول المصنف : (مع بقاء تلك الصبرة) فهو لافادة ان التلف اذا كان بحيث لم يبطل البيع انتقل الامر الى الذمة ومع الانتقال اليها يصح الضمان .

قال في المستمسك : فلو ضمنه بقصد الاداء من تلك الصبرة ، لامانع من صحته، ولو ضمنه بقصد الاداء من صبرة اخرى مع بقاء تلك الصبرة لم يصح لان الاداء من الصبرة الاخرى ليس اداءاً للمضمون ، بل اداء لغيره .

وكيف كان، فقد ظهر مما ذكرناه من مقتضى القاعدة وجه الايراد في سكوت غالب المعلقين ومنهم السادة البروجردي وابن العم والجمال على المتن، ومن الكلام في الكلي في المعين يظهر الحكم في الكسر المشاع لوحدة المدرك فيهما .

مسألة ــ ٣٥ ــ يجوز ضمان النفقة الماضية للزوجة لانها دين على الزوج وكذا نفقة اليوم الحاضر لها اذا كانت ممكنة فى صبيحته لوجوبها عليه حينئذ

(مسألة ــ ٣٥ ــ يجوز ضمان النفقة الماضية للزوجة) بلاخلاف ولااشكال كما فى الجواهر وغيره ، ويظهر من جماعة كالمسالك ونحوه التسالم عليه (لانها دين على الزوج) كما قرر فى باب النفقات ، وكل دين يصح ضمانه للاطلاق .

(وكذا نفقة اليوم الحاضر لها اذا كانت ممكنة) للزوج (في صبيحته) كما عن الشيخ والحلي والعلامة والمحققين وثاني الشهيدين وغيرهم (لوجوبهاعليه حينئذ) .

قال فى الجواهر مازجاً مع الشرائع : ويصح ضمان النفقة الحاضرة لها ايضاً لاستقرارها وثبوتها فى ذمة الزوج بصبيحة ذلك اليوم الذي اظهرت التمكين فيه .

أقول: ظاهر المسالك انهلااشكال فيه، وعللهبأنها تحتاج الى الطحن والخبز والطبخ ، لكن في الجواهر ان أدلة الانفاق لاتقتضي الملك ، فضلا عن ثبوته فى صبيحة اليوم، وفيه: ان ظاهر الادلة، ومنها قوله تعالى: «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» هو الملك، فان حملهما على المصدر، لاالعين خلاف المنصرف منهما ، مضافاً الى ان ظاهرالمصدر ــ في الامور المالية ــ أيضاً الوضع الناشيء عن التكليف، فاذا قال : اعطه ديناراً رآه العرف مديوناً

وان لم تكن مستقرة لاحتمــال نشوزها فى أثناء النهار بناءاً على سقوطها بذلك

بحيث يحق له التقاص، لكن حيث ان اللازم النفقة لاخصوصية لها في الصباح فالمعيـار وقت الاكل واللباس ، فلو أعطاها فى الصيف لباس الشتاء ، حيث يتعارف ذلك ـ ولم يهب ، بل بعنوان النفقة ـ حق له ان يأخذه ويبد له بغيره وقت ارادتها ان تلبس ، اذ لادليل على ملكها له من وقت الاعطاء بدون نيـة التمليك لها .

وكذا بالنسبة الى النفقة، فلواشترى من أول الصباح طعاماً مطبوخاًليومها، ثم أراد تبديله الى غيره وقت الغداء جاز له، ولذا قال المستمسك: تعيين أول اليوم لادليل عليه ، ومقتضى الأدلة حصول الملك عند الحاجة .

ثم لو اعطاها قبل الوقت حباً فطحنته، أو صوفاً فغزلته ، فهل تملك بذلك لهما أوله الحق فيأخذهما وتبديل ذلك بغيره احتمالان من أصل عدم الملك، وانما لها اجرة عملها ، أوالشركة لها معه فيما اذا ارتفعت القيمة من باب ان العرف يراه حقاً لهـا ، فيشمله : لايتوى حق امرء مسلم والحق فيه ، لا انـه اجرة ، ومن ان الرزق يضاف اليها فيدخل في [رزقهن] والاستصحاب يقتضى البقاء .

(وان لم تكن مستقرة لاحتمال نشوزها في أثناء النهار بناءاً على سقوطها بذلك) اذ النفقة انما هي للمرأة الممكنة والنشوز يكشف عنعدم الموضوع، وان ظن الرجل وجود الموضوع ومثله عكسه، فاذا ظن بقاءالنشوز فلم يدفع، وفى اثناء النهار رجعت الى الطاعة كان الحكم وجوب النفقة .

ثم حيث ان النفقة ـ كما يراها العرف ـ لمجموع الوقت سواء في اللباس و المسكن أو المأكل أوما أشبه ، كان اللازم تقدير النفقة بقدر زمان الطاعة ، مثلا : لـو كانت عنده اسبوعاً ، وكانت النفقة للاسبوع لبـاساً وأكلا وسكنى لمدة اسبوع بمأة ونشزت نصف الوقت لـم يكن لهـا الاخمسون ، وعليه فاذا نشزت اثنتى عشرة ساعة في اليوم والليلة لم يكن لها الانصف قدر النفقة فلا اعتبار بوقت الاكل وغيروقت الاكل ، بل الاعتبار بقدر الزمان فلو نشزت من أول الصباح الى الظهر ثم اطاعت وقت الغداء ، لم يكن لها الغداء الكامل .

وكذا اذا انعكس بأن اطاعت من أول الصباح الى الظهر ثم نشزت وقت الغداء لم يسقط كل النفقة ، بل بقدر النشوز ، وهكذا في الكسوة والمسكن ، هذا هو مقتضى الاصل الاولى ، حيث ان الكلام ملقاً الـى العرف ، والعرف يفهم ذلك فلاينقض بأنه اذا ماتت قبل الظهر ، وهي مطيعة يلزم ان يكون لهـا بعض النفقة ، مع ان العرف لايرى لها ذلك ، كما لاينقض بأنه اذا تزوجها قبل الظهر يلزم أن لايكون لها النفقة الكاملة عند الغداء ، لانها لـم تكن زوجة من الصباح الى الظهر ، وانما لاينقض ، لان العرف يرى الفرق بين النشوز وبين الموت والزواج كذلك ، وقدعرفت ان العرف هو المناط في المقام ، لان الكلام ملقاً اليه ، فاللازم أن يرى انه كيف يستفيد ، وان كانت استفادته مختلفة .

ومماتقدم يظهر ان احتمال ان موضوع النفقة هو الزوجية في صبيحة اليوم فاذا كانت زوجة حينئذ استحقت نفقة اليوم تامة ، غير تام ، وان قال القواعد :

وأما النفقة المستقبلة فلايجوز ضمانها عندهم لانه من ضمان ما لم يجب ، ولكن لا يبعد صحته لكفاية وجود المقتضى وهو الزوجية ،

انها اذا ماتت ، أو طلقها في اثناء النهار، ولم يسترد النفقة لأنها ملكتها، وكذلك قال في مفتاح الكرامة عند قول المصنف : [يصح ضمان النفقة الحاضرة] لانها تجب بطلوع الفجر وتثبت في ذمته ، وعلى ماذكرناه من ان العرف هو المحكم وهو يرى التقسيط اذا كانت تأكل مرتين مرة عند طلوع الشمس ومرة عند غروبها وكانت ناشزة اثنتى عشرة ساعة لم تستحق الامرة واحدة ، فاذا نشزت بعد أكل وجبة الفطور الى اثنتى عشرة ساعة لم تستحق وجبة الغروب ، وان كانت مطيعة عنده وهكذا ، والضمان لنفقتها انما يكون بقدر استحقاقها .

(وأما النفقة المستقبلة فلايجوز ضمانها عندهم) قال في مفتاح الكرامة عند قول القواعد : يصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لا المستقبلة : كما في المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك، وفي مجمع البرهان لعله لاخلاف فيه وهو كذلك (لانه من ضمان ما لم يجب) وفي مفتاح الكرامة : لان النفقة عندنا انما تجب بالعقد مع التمكين الكامل، وهي ان تخلي بينه وبين نفسها قولا وفعلا، والتمكين الكامل ليس بحاصل في زمان لم يقع بعد .

(ولكن لايبعد صحته لكفاية وجود المقتضى وهو الزوجية) وان كان صرف المقتضى لايجعله من الضمان المصطلح الذي هو نقل مافي الذمة ، اذلا اشتغال بعد ، وقد تقدم الكلام في ذلك في الشرط الثامن من شروط الضمان .

وأما نفقةالاقارب فلايجوز ضمانهابالنسبة الى ما مضى لعدم كونها ديناً على من كانت عليه

ولذا تأمل فيه الوالد [قدس سره] وقوى السيدان ابن العم والجمال عدم الصحة ، وقال البروجردي انه بعيد ، فاذا لم تطمئن المرأة بانفاقها أو باعطائها المهر مثلا ، حين أراد عقدها صح لهـا أن تجعل ذلك شرطاً على الضامن في ضمن عقد لازم أو ماأشبه .

(وأما نفقة الاقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبة الى ما مضى لعدم كونها ديناً على من كانت عليه) كما في القواعد وعن التذكرة وجامع المقاصدوالمسالك ومجمع البرهان كذا في مفتاح الكرامة، وعلله في الجواهر ـ بعدما استظهره من الشرائـع ـ بعدم ثبوتها في ذمتـه وان قصر في دفعها لانـها من خطاب المواساات الذي لا يقتضي اثباتاً في الذمة، أقول لو لا دعوى الاجماع ـ على ضعفه لانه محتمل بل ظاهر الاستناد ـ كان مقتضى الصناعة صحة ضمان الماضية نحو ماتقدم في الزوجة لأن الظاهر من أدلة المال الوضع لاالتكليف المجرد.

و لذا قال في الجواهر : قد يشكل أصل عدم وجوب القـضاء بأن الاصل القضاء في كل حق مالي لا ذمي، ودعوى كون الحق هنا خصوص السد الذي لايمكن تداركه واضحة المنع بعداطلاق الادلةالمزبورة وحرمة العلةالمستنبطة عندنا .

أما مافي المستمسك، حيث أشكل على الجواهر بأن أدلة النفقة للاقارب قاصرة عن اثبات ملك المال .

الا اذا أذن للقريب أن يستقرض وينفق على نفسه

ففي خبر حريز، قلت لابي عبد الله عليه السلام ، من الذي أجبر عليه و تلزمني نفقته ؟ فقال: الوالدان والولد والزوجة. ونحوه غيره.

وهي كما ترى، لاتعرض فيها لملك عين النفقة ، بل ظاهرها التكليف بالبذل للنفقة في زمان الحاجة اليها فلاموضوع له بالنسبة الى الزمان الماضي فلا يتضح هذا الاطلاق المقتضى للقضاء ــ انتهى .

فيرد عليه أولا: ان لاقصور في الادلة حيث تقدم ان المفهوم عرفاً من الامر بالماليات الوضع .

وثانياً: ان الرواية لا دلالة فيها على العدم ، بل دلالتها على الوضع أقرب حيث أردفت الوالدان والولد بالزوجة .

ولو لا ما ذكرناه لم يبق مجال لاستثنائه بقوله : (الا اذا أذن للقريب أن يستقرض وينفق على نفسه) اذ لادليل على ان الاذن يوجب الضمان، فهو مثل ان يقول له: أنفق على نفسك من مالك وعلي بدله، حيث لايلزم ذلك كونه عليه اذ ليس هو الا وعداً، فقول المستمسك: هذا واضح، فان الاذن كاف في صحة الاستقراض، غير ظاهر الوجه الا اذا اريد الاستقراض على الذي أذن فيكون المال ماله ويتصرف فيه المستقرض بأذنه، لكنه بعيد عن متبادر العبارة حيث ظاهرها أن يستقرض على نفس المسقرض .

على أي حال، فاذا قال له القريب: اقترض على نفسك ، وعلي بدله كان وعداً لم يجب ، الا أن يقال: انه واجب عليه بعد ان كان مغروراً وهو يرجع الى من غر مثله ما لوقال: ألق متاعك في البحر، وعلي بدله، الى غير ذلك، و

أو أذن له الحاكم فى ذلك اذ حينئذ يكون ديناً عليه ، وأما بالنسبة الى ما سيأتى فمن ضمان ما لم يجب مضافاً الى أن وجوب الانفاق حكم تكليفى ولاتكون النفقة فى ذمته

ان قال له القريب اقترض على وتصرف فيه كان وكيلا عنه في الاقتراض وعلى القريب البدل بلا اشكال .

(أوأذن له الحاكم فى ذلك) سواء قال له: اقترض على نفسك وبدله على القريب او اقترض على القريب وتصرف فيه لاطلاق ولاية الحاكم قال في المستمسك كما ذكره في الشرائع وغيرهما ويظهر منهم المفروغية عن صحته (اذ حينئذ يكون ديناً عليه) على ماعرفت .

(واما بالنسبة الى ماسيأتي) من النفقة المستقبلة (فمن ضمان ما لم يجب) لان نفقة القريب في المستقبل ليست واجبة على قريبه الان فكيف يضمنها انسان وقد عرفت ان الضمان نقل مافي ذمة الى ذمة اخرى .

(مضافاً الى ان وجوب الانفاق) على الاقارب (حكم تكليفي) على ماذكره [ره] (ولا تكون النفقة في ذمته) اذ التكليف لايلازم الوضع .

ثم انه كان على المصنف ان يذكر النفقة الحاضرة للاقارب ، والظاهر ان لهم اجباره بسبب الحاكم، ويجوز للحاكم الاخذ من ماله، وامرهم بالاستدانة عليه، اوعلى انفسهم والوفاء من ماله .

ثم ان مقتضى مارجحناه من الاقتراض عليه ، وانه حق عليه وضعي صحة ضمانه، اما على مقتضى ما ذكره المصنف من انه ليس حقاً مالياً ، وانما هو

ولكن مع ذلك لايخلو عن اشكال .

تكليف فلا يصح الضمان ، اذ لاشيء في ذمة القريب حتى يصح ضمانه ، وقد جمع في القواعد بين عدم صحة ضمان النفقة الماضية وصحة ضمان النفقة الحاضرة قال، يصح ضمان النفقة الحاضرة للقريب دون الماضية والمستقبلة، مع ان الحاضرة والماضية من واد واحد ، ونسب ذلك مفتاح الكرامة الى التذكرة وجامع المقاصدوالمسالك ومجمع البرهان وعلله بأن الحاضرةتجب بطلوع الفجر ـ انتهى.

وانت خبير بأن الوجوب اذا لم يكن وضعياً لم يكن في الذمة، فلا يصح ضمانها ، وان كان وضعياً كان في الذمة وصار ديناً على القريب فيصح ضمان الماضي أيضاً.

لايقال: الفارق ان نفقة الاقارب من قبيل ملك الانفاق ، ونفقة الزوجة من قبيل ملك العين والانفاق اذا ذهب وقته ـ بالنسبة الى الماضية ـ لايتعلق بالذمة شيء، لانه لا بقاء للانفاق ، بخلاف ملك العين في الزوجة ، حيث ان العين تكون في الذمة.

لانه يقال: الكلام في ان ملك الانفاق يوجب تعلق شيء بذمة القريب ام لا فان كان الاول لافرق بين الماضي والحاضر في صحة الضمان وان كان الثاني فلا شيء في الحاضر في ذمة القريب حتى يصح ضمانه.

ولعله الى بعض ماذكرناه أشار بقوله (ولكن مع ذلك لايخلو عن اشكال) وان ذكر أغلب المعلقين انه لا اشكال في بطلان الضمان.

* * *

مسألة ــ ٣٦ ــ الاقوى جواز ضمان مال الكتابة سواء كانت مشروطة أو مطلقة ، لانه دين فى ذمة العبــد ، وان لم يكن مستقراً لامكان تعجيز نفسه والقول بعـدم الجواز مطلقاً ، أو فى خصوص المشروطة معللا بانه ليس بلازم ولا يؤل الى اللزوم ضعيف كتعليله وربما يعلل بان لازم ضمانه لزومه مع أنه بالنسبة الى المضمون عنه غير لازم فيكون فى الفرع لازماً مع أنه فى الاصل غير لازم وهو أيضاً كما ترى .

* * *

مسألة ـ ٣٧ ـ اختلفوا فى جواز ضمان مال الجعالة قبل الاتيان بالعمل، وكذا مال السبق والرماية فقيل بعدم الجواز لعدم ثبوته فى الذمة قبل العمل والاقوى وفاقاً لجماعة الجواز لا لدعوى ثبوته فى الذمة من الاول وسقوطه اذالم يعمل

(مسألة ـ ٣٧ ـ اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الاتيان بالعمل) مع وضوح جوازه بعد الاتيان بالعمل، لانه بالعمل صار ديناً على الجاعل (و كذا مال السبق والرماية).

قال في الجواهر مازجاً مع الشرائع: وكذا يصح ضمان ما ليس بلازم، ولكن يؤل الى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل ماشرط عليه من العمل، وكمال السبق والرماية ، وفاقاً للمحكى عن المبسوط والتحرير والمختلف و مجمع البرهان والتذكرة ، الا انه قال اذا شرع في العمل ، الى آخر كلامه .

لكن في الشرائع بعد ذلك قال: [على تردد]، وفي القواعد صحة ضمانه لكن في محكى جامع المقاصد والمسالك عدم الصحة قال أولهما ، و الفرق بين مال الجعالة و بين الثمن في مدة الخيار ظاهر، لان الثمن حينئذ ثابت ، غاية ما في الباب انه متزلزل بخلاف الجعل ، فانه لاثبوت له أصلا و المتجه عدم الجواز قبل الفعل .

(فقيل بعدم الجواز لعدم ثبوته في الذمة قبل العمل) والضمان نقل ما في الذمة ، فاذا لم يكن في الذمة شيء كان مثل السالبة بانتفاء الموضوع .

(والاقوى وفاقاً لجماعة) تقدم ذكر جملة منهم (الجواز لالدعوى ثبوته في الذمة من الاول وسقوطه اذا لم يعمل) كما ربمايظهر من عبارة القواعدوغيره

ولا لثبوته من الاول بشرط مجيء العمل فى المستقبل

حيث قال الخامس الحق المضمون وشرطه المالية والثبوت في الذمة ، و ان كان متزلزلا كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول، أو لم يكن لازماً ، لكن يؤل اليه كمال الجعالة قبل العمل ومال السبق والرماية، وكأنه أخذه من الشرائع، حيث قال : الحق المضمون وهو كل مال ثابت في الذمة، سواء كان مستقراً كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار ، أو معرضاً للبطلان كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن ، و لو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع و كذا ما ليس بلازم ، ولكن يؤل الى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل ما شرط و كمال السبق والرماية ــ انتهى .

و انما يسقط اذا لم يعمل ، لانه بمنزلة الفسخ ؛ حيث انها عقد غير لازم، ولعل وجه الثبوت في الذمة ان ذمة كل طرف اشتغل هذا بالمال و الاخر بالعمل وانما لم نقل بهذه الدعوى ، لان الجعالة لاتقتضي ثبوت شيء في ذمة الجاعل عرفاً ، و هي التي قررها الشارع ، فلا صحة للضمان من هذه الجهة.

(و لالثبوته) في الذمة **(من الاول)** حين عقدها **(بشرط مجيء العمل فى المستقبل)** فيكون العمل بمنزلة الشرط المتأخر ان جاء العمل كشف عن ثبوت الجعل من حين العقد ، و ان لم يجيء العمل كشف عن عدم ثبوته ، و هذان الاحتمالان جعلهما الجواهر مبني صحة الضمان ، وقال بعد الاحتمال الثاني : لعل ذلك لايخلو من قوة ، وقد سمعت امكان ارادته من الشيخ وابن زهرة ـ انتهى .

ثم هنا احتمالان آخران في وجه صحة ضمان مال الجعالة ، ذكرهما في

اذ الظاهر أن الثبوت انما هو بالعمل بل لقوله تعالى : « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم »

محكى التذكرة والمختلف وهما وجود سبب الوجود، وانتهاء الامر فيه الى اللزوم كالثمن في مدة الخيار ـ كما في الاول ـ ومسيس الحاجة اليه فجاز ضمانه ، كقوله : ألق متاعك و على ضمانه ـ كما في الثاني ـ و ان كان المحكى عن التذكرة انه قال : اذا شرع في العمل ، و انما لانقول بهذه الاحتمالات لما عرفت من الايراد على الدعوى ، ولما يرد على الثاني .

(اذ الظاهر أن الثبوت انما هو بالعمل) لما تقدم من انه مقتضى الجعالة عرفاً ، و لم يحدث فيه الشارع خلافاً ، و بذلك يظهر انه قد قرر ما لدى العرف .

ويردعلى استدلال التذكرة ان وجود سبب الوجود لايلازم الوجودالذي هومناط الضمان، وعلى استدلال المختلف بأن مسيس الحاجة ليس من الادلة الشرعية .

أمـا ألق متاعك ، فهو مثل اعط للفقير و على بدله يشملها دليل الضمان بالامر وانه لاضمان قبل الفعل فلا يستدل به لكون الضمان قبل الفعل .

(بل لقوله تعالى : «ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم»[1]) كما استدل به غير واحد بضميمة استصحاب الشرائع السابقة وأشكل على ذلك ـ كما في المستمسك ـ بأن الاية انما دلت على مشروعية التعهد على النحو المذكور ،

---

(١) سورة يوسف : آية / ٧٢ .

ولادلالة فيها على انه من الضمان الذي هو محل البحث، أو هو من قبيل الوعد الذي لايجب الوفاء به فلا دلالة لها على شيء من ذلك ـ انتهى .

وبأن قول يوسف عليه السلام حجة، وليس ظاهر الاية الا انه قول غيره ، حيث قال: «قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم»(١) وبأنه لم يثبت استصحاب الشرائع السابقة ، لقوله سبحانه : «لكل منكم جعلنا شرعة ومنهاجاً» وفي الكل مالايخفى .

اذ يرد على الاول : ان ظاهر الاية حسب استفادة العرف انه تعهد لازم لا وعد فحسب .

و ان شئت قلت : انه بضميمة قوله صلى الله عليه و آله و سلم : الزعيم غـارم يفيد المطلوب وحمله على الاخبار لا الانشاء ، أي ان من طبيعة الزعيم ان يغرم خلاف ما ذكروا من ان الاصل في كلامهم عليهم السلام الانشاء لا الاخبار .

وعلى الثاني : بان الظاهر انهم كانوا يتكلمون عن شريعتهم كما يدل على ذلك قولهم فهو جزائه،وماورد من الاشكال والجواب في انه كيف قال يوسف عليه السلام انكم لسارقون، الى غيرهما من المؤيدات .

وعلى الثالث : بأن مقتضى قولوا : آمنا بالله(٢) ، الى آخرهـا ان الشريعة

---

(١) سورة يوسف : آية / ٧١ .

(٢) سورة العنكبوت : آية / ٤٦ .

ولكفاية المقتضى للثبوت فى صحة الضمان ومنع اعتبار الثبوت الفعلى كما أشرنا اليه سابقاً .

في كل الانبياء واحدة الا ماغير بمقتضى الزمان ونحوه، وآية المنهاج لاتنافي ما ذكرناه بعد ظهور الجمع بينهما بما ثبت تفسيره حسب الزمان و نحوه ، و انما عموم الاحكام واحدة فالكل سواء الاما خرج ، بل يمكن ان يقال : ان الظاهر عدم الاحتياج الى الاستصحاب ، فان امثال آية قولوا تدل على وحدة الشرائع للامم ؛ وهذا غير بعيد .

ولقد كان من الجميل ان يؤلف كتاب فقهي مبسوط حول ما ورد في أحكام الشرائع من الطهارات الى الديات مما فى الايات والروايات .

ثم ان الجواهر استدل لمثل هذا الضمان بالحديث المتقدم الزعيم غارم ، كما استدل له السيد الجمال بقوله: انه لماتقدم من كون الضمان بالنسبة الى هذه الامور التزاماً وتعهداً من الضامن بها، والغاءاً لتعهد المضمون عنه لاتحويلا لها من ذمته الى ذمة نفسه، وانطباق مفاد الاية المباركة على كون الزعيم هو المتعهد بالجعل ظاهر ـ انتهى .

(ولكفاية المقتضى للثبوت في صحة الضمان) لانه عرفي، ولم يعلم ان الشارع منع عنه (ومنع اعتبار الثبوت الفعلى كما أشرنا اليه سابقاً) وان كان ربما يرد عليه بانه خلاف ماتقدم من اعتبار كون الحق المضمون ثابتاً في الذمة وكون الضمان نقل مافي ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن، ويجاب بانه نوع من الضمان ومانذكره هنا هو نوع آخر ولامنافات، وقد تقدم الكلام في ذلك، والله سبحانه العالم .

مسألة ـ ٣٨ ـ اختلفوا في جواز ضمان الاعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد ونحوهما على قولين ذهب الى كل منهما جماعة، والاقوى الجواز سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردها عيناً ومثلها أو قيمتها على فرض التلف

(مسألة ـ ٣٨ ـ اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة) على احد قبل الضمان (كالغصب) المضمون على الغاصب (والمقبوض بالعقد الفاسد) سواء كان بدلا، كما في البيع، أولا في ضمن عقد كالمهر، أو غير عقد كعوض الخلع اذا كان البيع والنكاح والطلاق باطلا.

(ونحوهما على قولين ذهب الى كل منهما جماعة) قال في القواعد: ويصح ضمان عوض الجناية، وان كان حيواناً ومال السلم والاعيان المضمونة كالغصب والعارية والامانة مع التعدي على اشكال.

وقال في مفتاح الكرامة: صحة ضمان الاعيان المضمونة، خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد، وكذا المفاتيح، لكن عن جامع المقاصد ان عدم صحة الضمان قوى، وفي المسالك: انه أقوى، وفي الايضاح انه الاصح ولا ترجيح في شرح الارشاد لفخر الارشاد ولا الكفاية ـ انتهى.

(والاقوى الجواز سواء كان المراد) بالضمان (ضمانها بمعنى التزام ردها عيناً ومثلها أو قيمتها على فرض التلف) كما ذكر هذا المعنى التذكرة قائلا: ان الضمان له صورتان:

الاولى: ان يضمن رد اعيانها وهو جائز، لانه ضمان مال مضمون على المضمون عنه.

أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها اذا تلفت وذلك لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الزعيم غارم

الثانية : ان يضمن قيمتها لو تلف ، والاقوى عندى الصحة لان ذلك ثابت في ذمة الغاصب فيصح الضمان .

(أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها اذا تلفت) قال في الجواهر عند قول الشرائع: وفي ضمان الاعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالبيع الفاسد تردد والاشبه الجواز، بمعنى وجوب ردها، أو قيمتها، أو مثلها عليه مع من في يده ـ انتهى .

وكان عليه ان يذكر المراد ثالثاً بالتزام رد عينها، وهناك احتمال آخر قاله السيد البروجردى بأن المراد جعلها باعيانها في عهدته على نحو كونها شرعاً في عهدة من هي في يده المستتبع لاستحقاق مطالبته بها موجودة أو تالفة ثم لوجوب ردها بشخصه ان امكن والا فبنوعها أو بماليتها، ولكن صحته محل اشكال سواء اريد به نقلها عن عهدة ذي اليد الى عهدته ، أو ضمها اليها لاحتمال كونها من الاحكام الشرعية، لا من الامور التي بيد الناس وضعاً ورفعاً ـ انتهى .

(و) انما قلنا : ان الضمان بكلا المعنيين جائز (ذلك لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: الزعيم غارم) على مارواه المستدرك [1] ، عن غوالى اللئالي ، ودرر اللئالي وبه يرتفع اشكال الجواهر عليه، وتبعه المستمسك بان الحديث ليس

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٧ الباب ١ من أبواب الضمان ح ٢ .

والعمومات العامة مثل قوله تعالى : « أوفوا بالعقود »

من أخبارنا، بل هو من قول الناس الذين هم مخالفونا ، كما سمعته في الخبر السابق الظاهر في الانكار عليهم ـ انتهى .

وأشار بالخبر السابق الى ماروواه الشيخ، عن الحسن بن خالد قال: قلت لابي الحسن عليه السلام : جعلت فداك، قول الناس الضامن غارم ؟ قال: فقال: ليس على الضامن غرم الغرم على من اكل المال.(١)

ورواه الصدوق أيضاً ـ كما في الوسائل ـ وفيه: ان الحديث لايدل على ارادته بالناس العامة ، والامام لم يردّ ، وانما أراد بيان ان قرار الضمان على المضمون عنه .

وأى ربط بين [الزعيم غارم] و [الضامن لايغرم] حتى يكون أحدهما رداً على الاخر والحاصل، الاول: بيان الغرامة، والثاني : بيان القرار .

نعم ، الحديث ضعيف السند، لكن جماعة من الفقهاء استندوا اليه ولعل المصنف يرى جبره بمثل ذلك، ولعل السادة المعلقين على كثرتهم يرون ذلك، ولذا سكتوا على استدلال المصنف به .

(والعمومات العامة مثل قوله تعالى: «أوفوا بالعقود»(٢)) ولايلزم من ذلك ان يكون عقداً جديداً ليس له أحكام الضمان ، وذلك لما تقدم في شرح المضاربة وغيرها انه لو صدق الموضوع عرفاً، وشمله العموم كان داخلا في أحكام ذلك

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٤٩ الباب ١ من أبواب الضمان ح ١ .
(٢) المائدة : آية / ١ .

ودعـوى أنه على التقدير الاول يكون من ضمان العين بمعنى الالتزام بردها مع أن الضمان نقل الحق من ذمة الى اخرى وأيضاً لا اشكال فى أن الغاصب أيضاً مكلف بالرد فيكون من ضم ذمة الى اخرى وليس من مذهبنا ،

العنوان، وان لم يكن عموم بذلك العنوان نفسه ، لان المفهوم عرفاً من شمول الحكم لموضوع ـ ولو كان موضوعاً خاصاً ـ ان ذلك الحكم سار في مثل ذلك الموضوع الخاص مثلا اذا قال الشارع في باب صوم رمضان: انه له حكم كذا، وقال: صم يوم المبعث، فهم العرف ان حكم صوم هذا اليوم له نفس ذلك الحكم أيضاً من باب فهمه ان حقيقة الصوم في الجميع واحدة .

(و) الـ (دعوى) التى ذكرها في جامع المقاصد في رد التذكرة بـ (انه على التقدير الاول يكون من ضمان العين بمعنى الالتزام بردها) من الضامن (مع ان الضمان) عبارة عن (نقل الحق من ذمة الى اخرى) فليس ضمان العين من الضمان الشرعي في شيء، والى الاشكال المذكور أشار في الجواهر بأن الضمان عندنا من النواقل وان شرطه ثبوت المال في الذمة والاعيان المضمونة انما يجب ردها وهو ليس بمال فى الذمة.

(وأيضاً لا اشكال في ان الغاصب أيضاً مكلف بالرد فيكون) الضمان (من ضم ذمة الى اخرى وليس من مذهبنا) هذا اشكال ثان ذكره المسالك ، مضافاً الى الاشكال الذي ذكره في جامع المقاصد وتبعهما في الاشكال المذكور الجواهر قائلا ـ بعد عبارته السابقة ـ والغاصب مثلا مخاطب به اجماعاً فيكون الضمان

وعلى الثانى يكون من ضمان ما لم يجب كما أنه على الاول أيضاً كذلك بالنسبة الى رد المثل أو القيمة عند التلف مدفوعة بأنه لا مانع منه بعد شمول العمومات

هنا ضم ذمة الى ذمة اخرى، وهو ليس من اصولنا .

ثم قال : ومن الغريب ماعن التذكرة من ان ضمان المال ناقل عندنا وفي ضمان المال والعهدة اشكال اقربه عندي جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه، اذ هو كما ترى كالمتناقض ـ انتهى .

(وعلى الثاني) وهو ارادة مثلها أوقيمتها اذا تلفت (يكون من ضمان مالم يجب)لانه بالنسبة الى المثل ، أوالقيمة حكم تعليقى على تقدير التلف فيكون من ضمان مالم يجب فلا يصح.

(كما انه على الاول) وهو ضمان العين على تقدير بقائها ومثلها أو قيمتها على تقدير تلف العين (أيضاً كذلك) من ضمان مالم يجب (بالنسبة الى رد المثل أوالقيمة عند التلف) ومما تقدم يظهر الاشكال على الضمان اذا كان مراد الضامن الالتزام برد العين فقط من دون ارادته رد المثل، أوالقيمة عند التلف ـكما تقدم ان اشرنا اليه أيضاًـ.

(مدفوعة بأنه لامانع منه) من كون الضمان هنا بمعنى الالتزام بالرد ، لا الانتقال من ذمة الى ذمة، كما انه لامانع من ضمان الغاصب أيضاً فيكون من ضم ذمة الى ذمة (بعد شمول العمومات) مثل [أوفوا بالعقود] (١) فقد قال الضامن

---

(١) سورة المائدة : آية / ١ .

غاية الامر أنه ليس من الضمان المصطلح وكونه من ضمان ما لم يجب لايضر بعد ثبوت المقتضى

[لك علي ان ارد مالك] وهذا عقد، فيشمله [أوفوا] ونحوه .

(غاية الامر انه ليس من الضمان المصطلح) بل اذا قلنا انه يشمله [الزعيم غارم]كان من الضمان المصطلح ايضاً، وقول الجواهر ان عموم [أوفوابالعقود] انما يقتضي وجوب الوفاء بكل عقد حسب مقتضاه ومقتضى الضمان نقل المال من ذمة الى ذمة، والاعيان ليست كذلك ، وان الزعيم غارم(١) ليس من اخبارنا، قد عرفت الجواب عنهما.

اذ يرد عليه أولا: انه اذا اريد الضمان المصطلح، وقد ذكرالمصنف انه لا يريده.

وثانياً: قدعرفت انهلما سمي عرفاً ضماناً جاء اليه أحكام الضمان، والزعيم غارم، قد ورد من طرقنا كما تقدم فتأمل .

(وكونه من ضمان مالم يجب لايضر بعد ثبـوت المقتضى) وقد تقدم ان المقتضي كاف في صحة الضمان فالضامن يتعهد فعلا للعين المضمونة ان يردها مع بقائها، وان يرد مثلها أوقيمتها مع تلفها، وهذا التعهد يشمله العمومات، بل يشمله الضمان المصطلح، حيث انه زعيم، فهو غارم .

ومنه يظهر حال ماذا ضمن ردها ـ فقط ـ أورد بدلها اذا تلف ـ فقط ـ .

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٧ الباب ١ من أبواب الضمان ح ١ .

ولا دليل على عدم صحة ضمان مالم يجب من نص أو اجماع وان اشتهر في الالسن ، بل في جملة من الموارد حكموا بصحته وفي جملة منها اختلفوا فيه فلا اجماع ، وأما ضمان الاعيان الغير المضمونة كمال المضاربة والرهن والوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد أو تفريط فلا خلاف بينهم في عدم صحته

(ولا دليل على عدم صحة ضمان مالم يجب من نص أواجماع وان اشتهر في الألسن) وانما يصح ذلك اذا لم يكن حتى المقتضي، والمقتضي في المقام موجود.

(بل في جملة من الموارد حكموا بصحته وفي جملة منها اختلفوا فيه فلا اجماع) وقد تقدم الكلام في ذلك في الشرط الثامن فراجع.

ثم ان المستمسك، قد أطال الكلام حول المسألة وفيه مواقع للنظر تظهر مما تقدم، قال الوالد عند قوله والاقوى الجواز: لابالضمان الناقل لما في ذمة الى ذمة اخرى، بل بمعني التعهد والالتزام برد العين ، أوبدله من غير ان يبرء ذمة الغاصب والقابض، وكذا في المسائل التالية .

أقول : بل يمكن بنحو برائة ذمة الغاصب اذا تلف فيكون الضمان بضم ذمة الى ذمة مطلقاً، أوضمهما عند وجود العين وذمة الضامن عند تلفها.

(واما ضمان الاعيان الغير المضمونة كمال المضاربة والرهن) أي العين المرهونة (والوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد اوتفريط) أما بعد السبب فان كانت موجودة دخلت في مسألة ضمان الاعيان المضمونة، وان تلفت دخلت في ضمان الدين (فلا خلاف بينهم في عدم صحته) كما في الشرائع والقواعد

والاقوى بمقتضى العمومات صحته أيضاً .

وجامع المقاصد والمسالك والتحربر والارشاد ومجمع البرهان والكفاية كما حكي عن بعضهم.

قال في التذكرة: اذا ضمن عيناً لمالكها، وهي في يد غيره ، فأن كانت امانة لم يتعد فيها الامين لم يصح الضمان كالوديعة والعارية غير المضمونة و مال الشركة والمضاربة والعين التى يدفعها الى الصانع والمال في يد الوكيل والوصي والحاكم وامينه اذا لم يقع منهم تعد أو تفريط عند علمائنا أجمع، لانها غير مضمونة العين ، ولا مضمونة الرد ، وانما يجب على الامين مجرد التخلية، فاذا لم تكن مضمونة على ذى اليد لاتكون مضمونة على الضامن ، و لو ضمنها ان تعدى فيها لم يصح ايضاً، لانه ضمان مالم يجب ، وفي الجواهر انه لاخلاف فيه ولا اشكال.

(والاقوى بمقتضى العمومات) عموم [أوفوا بالعقود](١) وعموم: الزعيم غارم(٢) (صحته ايضاً) والاجماع محتمل الاستناد ان لم يكن ظاهره ودليلا التذكرة في ما قبل التعدى وبعده قد عرفت وجه النظر فيهما في الفرع السابق .

وبذلك يظهر، وجه النظر في كلام المستمسك اذاكان المراد من ضمانها اشتغال الذمة بها ، لا بالمعنى المصطلح من الضمان الذى نحن في مباحثه و مسائله ، بل بمعنى محض اشتغال الذمة، قال : ولعل من ذلك ضمان شركة

---

(١) المائدة : آية / ١ .

(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٧ الباب ١ من أبواب الضمان ح ٢ .

التأمين المتعارف في هذا العصر، وان كان ضمانها في مقابل المال لاتبرعاً فصاحب المال يعطي الشركة مالا في قبال ان تضمن او في قبال ان تنشأ الضمان الى آخر كلامه.

أقول : الظاهر صحة كل أنواع التأمين ، سواء كان مع ملاحظة الشيء المؤمن بأن ترسل الشركة الطبيب كل ثلاثة أشهر مرة لملاحظة المريض مثلا أونحو ذلك أوبدون الملاحظة كان يؤمن السفينة في البحر ، والطائرة في الجو مثلا ، وذلك لانه معاملة عقلائية ، فيشمله [أوفوا](١) وماأشبه . وبذلك يخرج عن كونه أكلا للمال بالباطل ، فلايشمله [لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل](٢).

وبذلك يظهر انه يصح تأمين شركة التأمين في شركة أكبر أيضاً كما هو المتعارف .

نعم ، حيث ذكرنا في كتاب : [الفقه ـ الاقتصاد] انه لاحق للانسان في غير الامور الخمسة العملية والفكرية والشرائط والعلاقات والمواد يجب ان لايكون قدر بدل التأمين اجحافاً عرفاً بحيث يكون أكثر من حق الشركة الفكري والعملي حتى يكون مساعداً للرأسمالية المحرمة شرعاً ، فان الرأسمالية على الاسلوب الغربي محرم شرعاً كما قرر في محله .

---

(١) المائدة : آية / ١ .

(٢) البقرة : آية / ١٨٨ .

مسألة ـ ٣٩ ـ يجوز عندهم بلاخلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشترى اذا ظهر كون المبيع مستحقاً للغير أو ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحته اذا كان ذلك بعد قبض الثمن

(مسألة ـ ٣٩ ـ يجوز عندهم بلاخلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري) قال في مفتاح الكرامة: كما عن المبسوط والخلاف والوسيلة والشرائع والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والمفاتيح وغيرهم، ثم نقل عن التذكرة ومجمع البرهان ان على جوازه اطباق جميع الناس في جميع الاعصار وعن المسالك ان الظاهر الاتفاق عليه، كما نقل عن جامع المقاصد اطباق الناس على ضمان العهدة وفي الجواهر بلاخلاف أجده فيه وانما سمي دركا لان المشتري يتدارك مافات منه، كذا كل مكان يطلق الدرك، ولذا قال في الصحاح الدرك التبعة وقيل سمي ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند ادراك المستحق عين ماله ويسمي بضمان العهدة لالتزام الضامن مافي عهدة البائع رده.

فـ(اذا ظهر كون المبيع مستحقاً للغير) دفع الضامن الثمن الى المشتري اذا لم يكن المبيع كلياً وبدله البائع بغيره، أولم يكن فضولياً ورضى المالك بالبيع أولم يرث البائع عن المالك الى غير ذلك من صور استحقاق المشتري.

(أو ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحته اذا كان ذلك بعد قبض الثمن) بأن قبض البائع الثمن، وحيث يحتمل المشترى بطلان البيع وتمرد البائع من رد الثمن يأخذ من البائع ضامناً انه اذا ظهر البطلان كان على الضامن أداء ماعلى البائع من الثمن.

كما قيد بهالاكثر أو مطلقاً كمـا أطلق آخر وهو الاقوى

قال في المسالك : وهذا في الحقيقة فرد من أفراد ضمان الاعيان المضمونة على تقدير كونه موجوداً حال الضمان .

(كما قيد به الاكثر) كما نقله عنهم مفتاح الكرامة قال ماعدا المبسوط والشرائع والارشاد واللمعة ، بـل في الوسيلة والتذكرة والتحرير التصريح بانه انكان قبض الثمن صح الضمان ، وان لم يكن قدقبض لم يصح وهو أيضاً مراد في كلام من لم يقيدبه لانهم لايختلفون في ان الضمان لابد فيه من ثبوت حق في ذمـة المضمون عنه في نفس الامر وقت الضمان بحيث يمكن تكليف غيره به ، والبائع مالم يقبض لم يتعلق بذمته حق ـ انتهى .

وان شئت قلت : ان الضمان نقل مافي ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن وان تعدينا عن ذلك قلنا ضم ذمة الى ذمة في ضمان العين الخارجية ـ كما تقدم فى بعض المسائل السابقة ـ فاذا لم يقبض البائع الثمن لم يكـن مشغولة الذمة كما لم يكن بيده شيء فكيف يصح ضمانه .

ولذا قال في الجواهر : ومن ذلـك يعلم ارادة المصنف وغيره ممن ترك التقييد بالقبض ماصرح به الاكثر من التقييد به ضرورة عدم دخوله فـي عهدة البائع الذي هو المضمون عنه الا بقبضه .

(أومطلقاً) وان لم يقبض (كما أطلق آخر) ممن عرفت ، وكون مراد المطلق القيد ، كمـا حمله المفتاح والجواهر غير ظاهر ، فان اطلاق الفقهاء يؤخذ به ولعلهم رأوا كرأى المصنف ، فقول المستمسك ، ومن ذلك تعرف الاشكال في قول المصنف غير ظاهر الوجه .

قيل وهـذا مستثنى من عدم ضمان الاعيان،وأما لوكان البيع صحيحاً وحصل الفسخ بالخيار أو التقايل أوتلف المبيع قبل القبض

(وهو الاقوى) أمامع قبض البائع وتلفه فظاهر ، وأما مع قبضه وعدم تلفه أو عدم قبضه ، فلما تقدم في آخر المسألة السابقة من جواز ضمان الاعيان غير المضمونة ، فالمشترى الذى يريد دفـع الثمن الى البائع يخاف من فوته اذا ظهرالمبيع مستحقاً، ولم يمكنه استرجاع مادفع ، ولذا يأخذ ضامناً حتى يدفع اليه وهوأمر عقلائي متعارف ، فيشمله الزعيم غارم ،كما يشمله [أوفوابالعقود] ونحوه .

وبذلك يظهر، وجه قول جامع المقاصد، ولعل تجويز ضمانه لعموم البلوى ودعاء الحاجة اليه ، واطباق الناس على ضمان العهدة ، ومثله قال غيره فلايرد عليهم ان مثل ذلك لايكون دليلا شرعياً ، وبه يظهر وجه النظر في قول السيد البروجردي ان ضمان درك الثمن للمشتري محل تأمل واشكال ، وعدم الخلاف فيه مع قلة المتعرض له لايفيد .

(قيل وهـذا مستثنى من عدم ضمان الاعيان) كما هو الظاهر من المحقق والشهيد الثانيين ، وتبعهماالجواهر والذي أوجب استثنائه ماتقدم من الادلـة ، وان كان مقتضي الزعيم غارم ونحوه مماسبق الاستدلال به لضمان العين عدم كونه استثناءاً ، بل الضمان ضمان عين وضمان ذمة ، وقـد يكون بالنقل وقد يكون بالضم.

(وأما لو كان البيع صحيحاً وحصل الفسخ بالخيـار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض) حيث ان تلفه من المالك .

فعلى المشهور لم يلزم الضامن ويرجع على البائع لعدم ثبوت الحق وقت الضمان فيكون من ضمان ما لم يجب بل لو صرح بالضمان اذا حصل الفسخ لم يصح بمقتضى التعليل المذكور نعم فى الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق

ومما تقدم يظهر حال ماذا تلف بعدقبض المشتري في زمن الخيار ، حيث ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له ، أورد بالعيب ، أو اختار الارش ، كما فى تعليقة الجمال .

(فعلى المشهور لم يلزم الضامن ويرجع على البائع) لبطلان الضمان، وذلك (لعدم ثبوت الحق وقت الضمان فيكون من ضمان مالم يجب) وهو باطل على المشهور ، سواء كان سببه موجوداً أم لا ؟

(بل لو صرح بالضمان اذا حصل الفسخ) بالخيار أو التقايل ، أو تلف المبيع قبل القبض (لم يصح بمقتضى التعليل المذكور) بانه ضمان مالم يجب ، كما صرح به الجواهر وغيره معللين له بما ذكر ، اذ لا يصح الضمان ان لم يمضه الشارع ، وان عقده الضامن والمضمون له .

(نعم) استثنوا من عدم صحة الضمان اذا حصل الفسخ صورة الفسخ بالعيب فـ(في الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق) ممايكون دركه على البائع ، وقد أشار بقوله : أو اللاحق الى رد مفتاح الكرامة حيث قال: وعلى تقدير صحته يجب تقييده بعيب سابق كما فى الشرائع ، والافقد يصح الفسخ بعيب لاحق ، كما لو وقع قبل القبض أو فى الثلاثة ، وهذا لايكون موجوداً حالـة الضمان الواقع عند البيع فيكون

اختلفوا فى أنه هل يدخل فى العهدة ويصح الضمان أولا فالمشهور على العدم وعن بعضهم دخوله ولازمه الصحة مع التصريح بالاولى والاقوى فى الجميع الدخول مع الاطلاق والصحة مع التصريح و دعوى أنه من ضمان ما لم يجب

كالمتجدد من الاسباب لايصح ضمانه قولا واحداً ـ انتهى.

(اختلفوا في أنه هل يدخل في العهدة) عهدة البائع (ويصح الضمان) عنه لانه ليس من ضمان مالم يجب (أولا) يدخل فلايصح الضمان (فالمشهور على العدم) وقد نسبه الجواهر الى المشهور ومفتاح الكرامة الى الاشهر.

(وعن بعضهم دخوله) نسبه مفتاح الكرامة الى الايضاح وجامع المقاصد، وأشكل فيه في القواعد قائلا : أورد بعيب على اشكال، وان كان ظاهر كلام له بعد انه وافق المشهور، وعن المبسوط ذكر الاحتمالين من دون ترجيح .

(ولازمه) أي لازم من قال بدخوله في العهدة (الصحة مع التصريح بالاولى) لانه اذاضمن قبل الفسخ ضماناً ـ مطلقاً ـ بأن قال: اناضامن لك أيها المشترى الثمن ، كان الضامن صحيحاً كان الضمان صحيحاً بطريق أولى اذا ضمن قبل الفسخ ضماناً مقيداً، بأن قال: انا أضمن لك أيها المشتري الثمن اذا حصل فسخ بسبب عيب سابق على العقد، أو لاحق عليه .

(والاقوى فى الجميع) الضمان قبل الفسخ، سواء كان الفسخ بعيب سابق، أو لاحق (الدخول) في العهدة (مع الاطلاق والصحة مع التصريح ودعوى) المشهور (أنه من ضمان مالم يجب) وهو غير صحيح، ولذا قال في الجواهر فى

مدفوعة بكفاية وجود السبب ، هذا بالنسبة الى ضمان عهدة الثمن اذا حصل الفسخ وأما بالنسبة الى مطالبة الارش فقال بعض من منع من ذلك بجوازها

تأييدهم: ان الفسخ انما ابطل العقد من حينه، لا من أصله، فلم يكن حالة الضمان مضموناً، بل لو صرح بضمانه كان فاسداً، لانه ضمان مالم يجب .

(مدفوعة بكفاية وجود السبب) لانه مشمول للضمان العقلائي ، فيشمله الزعيم غارم، بل العمومات على التقريب الذي ذكرناه غير مرة من انها في أمثال المقام مما له موضوع عرفي يوجب صحته عقداً خاصاً ، لا عقداً مطلقاً فتترتب عليه الاحكام الخاصة بذلك العقد .

ومنه يعلم وجه النظر في قول المستمسك : قد عرفت ان ضمان مالم يجب لايدخل في الضمان المصطلح، ولا تشمله أدلته الخاصة، نعم تشمله أدلة الصحة العامة ، لكن شمولها لايتوقف على وجود السبب ـ انتهى .

اذ يرد عليه أولا: انه يدخل في الضمان المصطلح .

وثانياً: انه بدون وجود السبب لايكون ضماناً عرفياً، فلا يشمله الزعيم غارم ونحوه . (هذا بالنسبة الى ضمان عهدة الثمن اذا حصل الفسخ) بالعيب .

(وأما بالنسبة الى مطالبة الارش) حيث ان المشتري يتخير بين الفسخ والارش اذا ظهر في المبيع عيب سابق على العقد ، أو عيب لاحق بحيث كان العيب من كيس البائع (فقال بعض من منع من ذلك) من الضمان بالفسخ (بجوازها) أي

لان الاستحقاق له ثابت عند العقد فلايكون من ضمان ما لم يجب وقدعرفت أن الاقوى صحة الاول أيضاً ، وأن تحقق السبب حال العقد كاف مع امكان دعوى ان الارش أيضاً لايثبت الا بعد اختياره و مطالبته

مطالبة الضامن (لان الاستحقاق له) أي للارش (ثابت عند العقد فلايكون من ضمان مالم يجب) قال في القواعد: ويرجع على ضامن عهدة الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس، لامايتجدد له الفسخ بالتقايل ، أو العيب السابق، أو تلفه قبل قبضه، بل يرجع على البائع، ولو طالب بالارش، فالاقرب مطالبة الضامن وقريب منه كلام الشرائع، وعلله بأن استحقاقه ثابت حين العقد ، لكنه قال فيه تردد .

وقال العلامة قبل عبارته المتقدمة: أو ارش العيب .

وقال في مفتاح الكرامة في شرحه : أي يصح ضمان العهدة للمشترى بالنسبة الى ارش عيب المعيب كما هو خيرة الارشاد وشرحه لولده وجامع المقاصد والمسالك، وتردد في المبسوط والشرائع والتذكرة وجزم بالعدم في التحرير .

(وقد عرفت أن الاقوى صحة الاول) ضمان الثمن في الفسخ بالعيب (أيضاً) فلاتنحصر الصحة بضمان الارش (وأن تحقق السبب حال العقد كاف مع امكان) النقض على من يقول بالصحة بالنسبة الى الارش دون الثمن بـ(دعوى ان الارش أيضاً لايثبت الا بعد اختياره ومطالبته) فكيف تقولون بصحة ضمانه ، مع انكم لاتقولون بصحة ضمان الثمن عند الفسخ، وقد أشار المصنف بذلك الى ماذكره

فالصحة فيه أيضاً من جهة كفاية تحقق السبب

المسالك ، وتبعه الجواهر ومفتاح الكرامة حيث بينـوا وجه عدم صحة ضمان الارش أيضاً ، قال الثالث : ووجه العدم ان الاستحقاق للارش انما حصل بعد العلم بالعيب ، واختيار أخذ الارش والموجود حالة العقـد من العيب ماكان يلزمه تعيين الارش ، بل التخيير، بينه وبين الرد فلم يتعين الارش الا باختياره

أقول: قد رد المسالك عدم الفارق بين الثمن عند الفسخ والارش قائلا : والحق ثبوت الفرق بينهما فان الثمن ماوجب الا بالفسخ، وأما الارش فانه كان واجباً بالاصل ، لانه عوض جزء فائت من مال المعاوضة ـ انتهى .

ولكن هذا الفارق غير تام، اذ الارش، وان كان في الحقيقة عبارة عن شيء فائت لان العقلاء يقابلون بين المبيع الصحيح والثمن الكامل، أما المبيع الناقص، فهو مقابل لبعض الثمن ممايكشف من ان بقية الثمن في أزاء الشيء الفائت،الا ان البيع خارجاً يكون بين المثمن والثمن ، ولذا يحتاج الارش الى اختياره ، لانه يستحقه المشترى تلقائياً، فليس مثل ماذا باع مايملك ومالايملك، حيث يبطل البيع تلقائياً بالنسبة الى مالايملك، واليه اشار المستمسك بقوله: ولذاكان خيار تخلف الوصف وخيار العيب غير خيار تبعض الصفقة ـ انتهى .

وكذا الحال بالنسبة الى الغبن ، فان قدراً من الثمن لايكون بدون مقابل حتى يستحقه المشتري باعتبار ان قيمة المبيع بقدر بعض الثمن لاكله .

وكيف كان (فالصحة فيـه) أي في الارش (أيضـاً من جهة كفاية تحقق السبب) وهو ضمان اصطلاحي ، لاكما قاله المستمسك على ماتقدم نقله عنه ، والاشكال عليه .

ومما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع .

ومما تقدم يظهر الاشكال في كلام من قال بأن مطالبة الارش غير اختياره ، ومن قال ان الارش ثابت فيختار ، لان ثبوته بالاختيار .

اذ يرد على الاول : ان المطالبة بعد الاختيار .

وعلى الثاني : انه ثابت امكاناً ، أي يمكن ان يثبت بالارادة لا انه ثابت خارجاً .

(ومما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع) عن المشتري ، لوحدة الدليل في المقامين.

مسألة ــ ٤٠ ــ اذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً فالاقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض، وفى البعض الاخر يتخير المشترى بين الامضاء والفسخ لتبعض الصفقة فيرجع على البائع بما قابله

(مسألة ــ ٤٠ ــ اذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً) للغير أو ظهر عدم قابلية بعض المبيع للبيع كالخمر والخل (فالاقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض) لانه القدر الذي يتدارك ، أما مابقى فلم يفت من المشترى شيء، واللازم اعطائه بقدر خسارة المشتري، لا بالنسبة، فاذا اشترى بابين فظهر أحد مصراعيه لغيره مما سبب ان يكون ثمن المصرع الباقي ربع المجموع كان على الضامن اعطاء ثلاثة أرباع الثمن للمشتري .

(وفي البعض الاخر يتخير المشتري بين الامضاء والفسخ لتبعض الصفقة) اذا لم يكن بيعان فى بيع ، والا فلا خيار ، بل حاله حال نكاحين ، أو طلاقين فى صيغة واحدة ، والفرق يكون بالقصد كما ذكرنا تفصيل ذلك فى بعض مباحث الكتاب (ف) اذا فسخ المشتري البقية (يرجع على البائع) لا الضامن (بما قابله) اذ الضامن لم يضمن الا عهدة الثمن الذي يظهر مستحقاً لا انه ضمن مطلقاً ، وهذا هو خيرة الشرائع والتحرير والارشاد والمختلف وغيرهم ، بل عن الكفاية انه المشهور وعن التذكرة [عندنا] مما يظهر منه الاجماع .

وعن الشيخ جواز الرجوع على الضامن بالجميع ولا وجه له.

(و) لكن (عن الشيخ جواز الرجوع على الضامن بالجميع) مما ظهر مستحقاً ومما فسخ، وكأنه لاطلاق ضمان الضامن ولو حدث ما يقتضي انفساخ العقد بخيار أواقالة أونحو ذلك، والا فلو كان الضمان حين عقده خاصاً بالقدر الذي يظهر استحقاقه لم يكن وجه لكلامه [ره].

(و) منه يعلم ان قول المصنف: (لاوجه له.) على اطلاقه غير تام، بل لا وجه له فيما اذا كان الضمان مقيداً، لا ما اذا كان مطلقاً، كما يعلم ان اشكال المستمسك على المصنف ـ اشكالا مطلقاً ـ غير ظاهر الوجه قال: بناءاً على ما ذكره المصنف في المسألة السابقة من ان الاقوى جواز الضمان فيرجع المشتري على الضامن وجه كلام الشيخ ظاهر وهو عموم الصحة الذي تمسك به فيما سبق لرد دعوى المشهور من عدم صحة الضمان، وعدم جواز الرجوع على الضامن فالجمع بين كلامي المصنف في المسألتين غامض ـ انتهى.

وكيف كان، يظهر من الكلام في مسألة ضمان عهدة الثمن مسألة ضمان عهدة المثمن، ثم انه لو اختلفا في انه هل كان الضمان مطلقاً للكل، أو مقيداً للقدر الذي يظهر مستحقاً كان القول قول الضامن لاصالة عدم ضمان الزائد ولو اختلفا في انه هل كان بنحو بيعين في بيع أو بنحو بيع واحد؟ فالظاهر انه مع القائل الثاني لاصالة عدم قصد بيعين، وان كانت المسألة بحاجة الى تأمل، ولو اختلفا في انه هل ظهر الجميع مستحقاً أو بعضه ـ فيما كان الضمان خاصاً بالقدر الذى يستحق منه، لا مطلقاً، وحتى لما يفسخه ـ فالاصل عدم ضمان الاكثر من ما اتفقا عليه كل ذلك اذا لم تكن للطرف بينه كما هو واضح.

مسألة ـ ٤١ ـ الاقوى وفاقاً للشهيدين صحة ضمان مايحدثه لمشتري من بناء أو غرس في الارض المشتراة اذا ظهر كونها مستحقة للغير وقلع البناء والغرس فيضمن الارش وهو تفاوت ما لين المقلوع والثابت عن البائع خلافاً للمشهور لانه من ضمان ما لم يجب وقد عرفت كفاية السبب

(مسألة ـ٤١ ـ الاقوى وفاقاً للشهيدين صحة ضمان مايحدثه المشتري) أو البائع فيما كان الثمن أرضاً (من بناء أوغرس في الارض المشتراة اذا ظهر كونها مستحقة للغير) ولم يمض البيع (وقلع البناء و الغرس فيضمن الارش) كما يضمن كل القيمة اذا كان مثل طم النهر ، حيث أجرى النهر في تلك الارض اذ الكل قد انهدم فلا يبقى شيء حتى يكون هناك تفاوت وتصل النوبة الى الارش.

(وهو تفاوت مابين المقلوع والثابت عن البائع) [عن] متعلق بالضمان، وهذا هو الذى احتمله في التحرير على ضعف ـ كما في مفتاح الكرامة ـ و هو قال به مستدلا له بمسيس الحاجة اليه وقضاء الضرورة به .

(خلافاً للمشهور) فلم يجوزوا الضمان، كما عن المبسوط والشرائع و القواعد والمسالك وغيرهم، وعن التذكرة عدم ترجيح أحد الجانبين .

وانما ذهب المشهور الى ذلك (لانه من ضمان مالم يجب و) لكن يرد عليهم ما (قد عرفت) من (كفاية السبب) ومشهور المعلقين وافقوا المشهور، خلافاً للسيدين الوالد وابن العم، حيث سكتا على المتن، ومقتضى القاعدة ما

هذا ولو ضمنه البائع قيل لا يصح أيضاً كالاجنبى وثبوته بحكم الشرع لا يقتضى صحة عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان وقيل بالصحة لانه لازم بنفس

ذكره المصنف، وان قال المستمسك: ان اريد الضمان المصطلح فلابد فيه من وجود ضامن قبل هذا الضمان ليكون مضموناً عنه وهو مفقود ، وان اريد الضمان العرفي لم يتوقف على وجود السبب حال الضمان، فانه يرد عليه انه ضمان عقلائي يشمله الزعيم غارم[1] ، و العمومات على التقريب المتقدم فى المسائل السابقة، (هذا ولو ضمنه البائع قيل لا يصح أيضاً كالاجنبي) قال في القواعد وفي ضمان البائع ذلك اشكال .

و قال في مفتاح الكرامة : جزم في المبسوط بعدم الصحة ، لانه ضمان مجهول وضمان مالم يجب ونحوه مافي التحرير والايضاح و المسالك والروضة من ان الاقوى عدم الصحة وقرب في التذكرة الصحة .

(و) ان قلت : ان البائع ضامن بنفسه لانه غار والمغرور يرجع الى من غر.

قلت : (ثبوته) على البائع (بحكم الشرع) لانه غار (لايقتضي صحة عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان) لان الضمان كما تقدم في أول الكتاب نقل ذمة الى ذمة ولا اشتغال لذمة المضمون عنه في المقام حتى ينقل الى ذمة البائع .

والحاصل : انه ليس هناك حق مضمون حال الضمان فلا يصح (وقيل بالصحة) كما عرفت عن التذكرة ، وقال في الشرائع : الوجه الجواز (لانه لازم بنفس

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٧ الباب ١ ح ٢ .

العقد فلا مانع من ضمانه لما مر من كفاية تحقق السبب فيكون حينئذ للضمان سببان نفس العقد والضمان بعقده و يظهر الثمر فيما لو أسقط المشترى عنه حق الضمان الثابت بالعقد

العقد) اذ العقد سبب الغرور الذي ينشأ منه الضمان في وقته (فلامانع من ضمانه لمامرمن كفاية تحقق السبب) وضعفه في المسالك والروضة بانه لايلزم من ضمانه لكونه بائعاً مسلطاً على الانتفاع مجاناً ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان ، كما اشكل عليهم في مفتاح الكرامة بأنه اذا صح ضمان البائع لاجتماع شرائط الضمان صح ضمان غيره وان لم يصح ضمانه لايصح ضمان غيره ، فما الوجه في تجويزهم هذا ومنعهم ذاك .

وأخذ المستمسك منه ذلك فقال: الاشكال على المحقق ومن وافقه في التفصيل بين الاجنبي والبائع متوجه على كل حال ، وربما اشكل على ذلك بانه لامعنى لضمان الشخص عن نفسه ، وفيه : انه لو اريد بالضمان نقل الذمة ، أو الضم كان الاشكال وجيهاً بينما لايرادبه الاتدارك الخسارة وهو معنى عقلائى يشمله الدليل.

(فيكون حينئذ) حين ضمن البائع (للضمان سببان نفس العقد) حيث انه بالعقد حصل الغرور (والضمان بعقده) حيث ضمن البائع عند العقد (ويظهر الثمر) في الضمانين على ماذكره المسالك والروضة (فيما لو أسقط المشترى عنه) أى عن البائع (حق الضمان الثابت بالعقد) أى عقد البيع بأن قال : لو كنت

فانه يبقى الضمان العقدى

مغروراً فلاأرجع اليك ، بمقتضى المغرور يرجع الى من غر [1] ، وهذا الحق قابل للاسقاط لتحقق سببه حال العقد .

(فانه يبقى الضمان العقدى) اذلاوجه لسقوطه، كما انه اذا أسقط بعدالضمان العقدى حقه الثابت من الضمان العقدى يبقى الضمان الغررى ، اذمن الواضح انه لاتلازم بينهما في السقوط ، كما لاتلازم بينهما في الثبوت .

ومنه يعلم، ان قول المستمسك في رد المسالك : ان من المعلوم ان الرجوع ليس من الحقوق التي تسقط بالاسقاط ، بل من الاحكام ، ولوأسقطه لم يسقط وجواز التعدد مع تعدد الذمم لتعدد الضامن ، لايقتضي جواز التعدد في ذمة واحدة ، غير ظاهر الوجه ، اذ بعدان كان رجوع المغرور حقاً ـ كمايفهم عند القاء [المغرور يرجع الى من غر] على العرف ـ لم يكن وجه لعدم قابليته للاسقاط فليس ذلك حكماً حتى لايقبل الاسقاط والتعدد معناه ان له ان يرجع بهذا السبب أوبذاك .

والحاصل : ان للمشترى ان يرجع الى البائع لكونه غاراً ، وله ان يرجع لكونه ضمن بمعنى انه التزم تدارك الخسارة ، وأى مانع للجمع بينهما بعد كونهما شرعياً وعرفياً .

وبذلك يظهر ، وجه النظرفي سائر كلام المستمسك المستشكل عليهم بانه

(١) الوسائل : ج ١٤ ص ٥٩٦ الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ٢ . والمستدرك : ج ٢ ص ٦٠٣ الباب ١ من أبواب عيوب النكاح ح ٦ .

كما اذا كان لشخص خياران بسببين فاسقط أحدهما وقد يورد عليه بأنه لامعنى لضمان شخص عن نفسه والمقام من هذا القبيل ويمكن أن يقال : لا مانع منه مع تعدد الجهة

لايجتمع ضمانان في وقت واحد حتى تجرى الفائدة المذكورة من سقوط أحدهما وبقاء الاخر.. فحال المقام :

(كما اذا كان لشخص خياران بسببين) كخيار الغبن وخيار العيب وهكذا (فأسقط أحدهما)حيث يبقى الاخر، اذ لاتلازم بينهما في السقوط ،كما لاتلازم بينهما في الثبوت .

(وقد يورد عليه) على الضمان العقدى(بأنه لامعنى لضمان شخص عن نفسه) كما أورده صاحب الجواهر .

(والمقام من هذا القبيل) فكيف يضمن البائع خسارة المشتري ان ظهر كون المبيع للغير (ويمكن أن يقال:) في رده انه (لامانع منه مع تعدد الجهة) مثل كون الانسان يضرب نفسه، أو يطبب نفسه فهوضارب ومضروب ومريض وطبيب من جهتين، والامر فى المقام كذلك، فهومن حيث كونه بائعاًمضمون عنه، و من حيث كونه يلتزم درك الخسارة ضامن ، و هذا المعنى هو الذي فهمه جملة من المحشين فأشكلوا على المصنف بما في تعليقة السيدالبروجردي بأن الاقوى عدم صحة مثل ذلك الضمان، وتعدد الجهة لايجدى، وبما في تعليقة السيد الجمال ان عدم الصحة عندهم تام ، ولايرجع تعدد الجهة في المقام الى محصل .

هذا كله اذا كان بعنوان عقد الضمـان ، وأما اذا اشترط ضمانه فلا بأس به ويكـون مؤكداً لما هو لازم العقد .

أما ما ذكره المستمسك في شرح العبارة بقوله : فان أحد الضمانين قائم بالغرور، والضمان الثاني قائم بالعقد ، فلم يظهر وجهه ، اذ كلام المصنف في رد اشكال انه لا معنى لضمان شخص عن نفسه .

و كيف كان (هذا كله اذا كان بعنوان عقد الضمان) فهو محل كلامهم ، و مورد الاشكال والجواب .

(وأما اذا اشترط ضمانه) فلا يكون الضمان عقداً، بل حسب الشرط، فهو مثل شرط انه اذا ظهر عيب كان دركه على البائع (فلا بأس به) لاطلاق دليل الشرط (و يكون مؤكداً لما هو لازم العقد) من ان المغرور يرجع الى من غره ، مثل اشتراط كون دركه على البائع اذا ظهر فيه العيب .

لكن يرد على ذلك انه اذا بطل البيع لظهور كونه مستحقاً لغير البائع لم يبق عقد حتى يلزم الشرط الذى في ضمنه، ولذا قال بعض المعلقين مع فرض ظهور المبيع مستحقاً للغير ، ورد المالك المبيع وقلع البناء والشجر فالحكم بصحة شرط الضمـان الواقع في ضمن العقد ، و كونه مؤكداً لما هو لازمه لايوافق القواعد ، الا ان يكون المراد غير ما هو ظاهر العبارة .

أقول : نعم تصور صحة ذلك فيما ظهر بعض المبيع مستحقـاً و لم يرد المشترى البعض الاخر ، فان العقد باق حينئذ والشرط في ضمنه يكون مداولا للعمومات ، اذ لايلزم في لزوم الشرط بقاء كل متعلق العقد .

نعم، يمكن ان يقـال : ان المشروط عليه ان يبطل بعض الشرط اذا بطل بعض العقد ، فـان اطلاق لزوم الشرط لايشمل الا الشرط الذى كان في ضمن عقد كل متعلقه كان باقياً ، مثلاً : باع زيد للخياط مأةجريب من الارض بشرط ان يخيط له ثوبين، فاذا ظهر الخمسون منه مستحقـاً للغير كان للخياط ـ بعد ان لم يأخذ بتبعض الصفقة ـ ان يمتنع عن خياطة أحد الثوبين ، لان الشرط في الحقيقة منحل الى كون كل ثوب في مقابل نصف المبيع فتأمل ، والله سبحانه العالم .

مسـألة ــ ٢٤ ــ لـو قـال : عنـد خـوف غـرق السفينـة ألق متاعك في البحر .

(مسـألة ـ ٤٢ ـ لو قال :) لغيره فيما كان الغير بالغاً عاقلا جامعـاً لسائر الشرائط أعمل كذا من جرح نفسه ، أو هدم داره ، أو اتلاف متاعه ، و كان ذلك جائز شرعاً لذلك الغير ، قبال ما اذا كانحراماً عليه، مثل ان يكوناللازم اخراج الدم من جسده والا مات مثلا، أو كان بقاء داره هلكة له، لان الظـالم أمر بذلك ، فـاذا لم يطعه قتله ، أو كان بقاء متاعه سبباً لبطئه عن الحركة مما يسبب بقائه في الصحراء وافتراس الاسد له، فهو على قسمين: لانه أما ان يأمره بذلك بدون أن يظهر التحمل لضرره ، ولاينبغى الاشكال في انه لايضمن ذلك للاصل بعد عدم وجود الدليل للضمان، بل وان كان لولا تشويق الامر لم يفعل المأمور ذلك ، اذ مجرد التشويق لايسبب الضمان .

نعم ، فيما كان السبب أقوى من المباشر ،كقول الطبيب للمريض اشرب هذا الدواء فشرب فعطب فمات كان ضامناً كما ذكرناه بتفصيله في [كتاب الديات] .

و كذا اذا قـال لمجنون ، أو سكران ، أو شارب مرقد أو نام نومـاً مغناطيسياً ، أو لطفل أوما أشبه مماعد السبب بنظر العرف أقوى من المباشر .

وأما ان يأمره بحيث انه لولا الامر لم يفعله كما لو قـال : (عند خوف غرق السفينة) أو سقوط الطائرة ، أو وقوف السيارة في محل الخوف لنوئها عن السير بالاحمال الثقيلة وكذلك في حمل الدابة (ألق متاعك في البحر) أو على الارض .

وعلى ضمانه، صح بلاخلاف بينهم بل الظاهر الاجماع عليه وهو الدليل عندهم

(وعلي ضمانه) أوبدله أوماأشبه ممايفيد فائدته ولو بالاشارة المفهمة (صح بلا خلاف بينهم بل الظاهر الاجماع عليه) وقد ذكره الشيخ و الفاضلان و الشهيدان وغيرهم في [كتاب الديات] ونحن اشرنا الى المسألة هناك ، و في كشف اللثام بلا خلاف الا من أبي ثور، كما في المبسوط والخلاف، و في الجواهر بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل وبين غيرنا الا من أبي ثور، وعن المبسوط نفي الخلاف فيه ، وعن الخلاف ان عليه اجماع الامة عداه ، وهذا هو الذي قرره كافة المعلقين لسكوتهم على المتن عدا السيد البروجردي فقال عند قول المصنف: [فلا يصح] وهو الاقوى، بل الاول أيضاً موضوعاً وحكماً محل تأمل.

(وهو الدليل عندهم) بالاضافة الى ما ربما يستدل له بأنه مقتضى احترام المال عرفاً، وحيث ان الشارع احترم المال كان لازمه ان يجعل الضمان على الامر ، وبانه مقتضى العرف والشارع لم يردع عنه فهو تقرير منه، وبأنه مثل اتلاف وقت الغير بالامر حيث يوجب الضمان، فاذا قال لانسان: اكنس الشارع وعلي بدله، كان عليه، لانه قد أتلف وقته، وكذلك اذا قال: ألق متاعك ، وبأنه نوع من العهد ، والعهد واجب الوفاء لقوله سبحانه : « ان العهد كان مسئولا»(1) والفرق بين الوعد مما لايجب العمل به على المشهور ، والعهد الذي يجب

---

(١) الاسراء : آية / ٣٤ .

العمل به ان الاول بدون مقابل، والثاني بمقابل، فاذا قال وعدتك ان آتيك كان وعداً، واذا قال: اعاهدك ان فعلت كذا اعطيتك كذا كان لازماً، وفي المستمسك يحتمل ان يكون عقداً، ويكون قبوله فعلياً وهو الالقاء ، وان يكون قولياً كما اذا قال: قبلت فيلزمه الالقاء عملا بالعقد ، ولا يلزم في الصورة الاولى، لعدم تحقق القبول، ويحتمل ان يكون ايقاعاً نظير خط ثوبي ولك درهم أو رد عبدي ولك نصفه، وهذا هو الاقرب ـ انتهى.

أقول: الاقرب انه وان كان عقداً لم يكن لازماً ، فاذا قال : قبلت لم يلزم الوفاء لاصالة عدم اللزوم، وانما قال نظير للفرق بين المقامين، حيث ان المال في [ألق] مقابل ما أتلف من ماله، وفي [خط] مقابل العمل نعم اذا كان المال في [ألق] مقابل عمل الالقاء كان المقامان من باب واحد.

وكيف كان، فقد يستدل للمقام أيضاً بأنه حق عرفاً، فيشمله لا يتوى حق امريء مسلم(١)، ولو كان السبب أقوى من المباشر عرفاً دخل في تلك المسألة كما اذا جبره الامر، أو كان المأمور طفلا، أو مجنوناً أو ما أشبه، وقد يستدل له بأنه نظير ضمان الشاهد ماتلف بسببه، من نفس، أو مال أو عرض ، حيث وردت الادلة وقام الاجماع على ضمانه .

ومنه يعلم، وجه ضمانه في المقام اذا قال لغيره: ألق زيداً في البحر حيث كان الامر أقوى من المباشر.

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب نوادر الشهادات ح ٥ .

وأما اذا لم يكن لخوف الغرق بل لمصلحة أخرى من خفةالسفينة أو نحوها فلايصح عندهم ،ومقتضى العمومات صحته أيضاً .

(واما اذا لم يكن لخوف الغرق بل لمصلحة اخرى) عقلائـية (من خفة السفينة أونحوها) كسرعة سيرها ، حيـث تخف ، والوصول الاسرع مطلوب عقلائياً، الى غير ذلك من الامورالعقلائية (فلا يصح عندهم) كما هوالمشهور الذى ذكره المبسوط والشرائع والقواعد والمسالك وغيرهم، وعن الايضاح: لو خلى عن الفائدة بالكلية لم يصح قطعاً، بل عن الاولالاجماع عليه.

(و) لكن (مقتضى العمومات صحته أيضاً) فان الأدلة السابقة آتية هنا بل في بعض الحواشي ان السيرة القطعية العقلائية قائمة على الصحة .

أقول: الظاهر انه انكان العملحراماً ، وعلم المأمور بذلكلم يكن على الامر الضمان، لان الأدلة المتقدمة لاتشمله، فهو مثلان يقول زيد لعمرو: أقطع يدك وعلي ديتها، وعلم عمرو بحرمة القطع ، فان دليل العقد ، ودليل العهد و السيرة، ولا يتوى وماأشبه لايشمل ذلك.

وأما اذا كان العمل حلالا أوحراماً ، ولم يعلم بالحرمة المأموركان على الامر الضمان، فانه مثل خطاء القاضي والشاهد حيث ان الجلاد لوأجرىالقتل ونحـوه كان العمل حراماً ، لكـن لا شيء على الجلاد المجرى ، بل الـدية ونحوها علىالقاضيمن[بيت المال] أو الشاهد، ولذا قال فيالمستمسك: واذا لم يترتب عليه فائدة لم يجز مع الضمان و بدونه ، واذا أمره آمر على شرط الضمان، فالضمان باطل، لانه تعويض على الحرام، وتضييع المال ، ولا يبعد

ان تكون هذه الصورة مورد القول بالمنع وموردالاجماع عليه.

أقول: والظاهر أن قول المصنف بالصحة ناظر الى ذلك فاشكال المستمسك عليه بأن اطلاقه الصحة عملا بالعمومات غير ظاهر واللازم التفصيل بين صورة وجود الفائدة العقلائية وعدمه ـ انتهى، محل نظر.

ثم انه لو قال لصديقه: اهدم دارك لتبنيها من جديد ، أوقال : أنكح امرأة بمهر كذا، أواعتق عبدك، او طلق زوجتك، او ألق متاعك في البحر اوماشبه ذلك، ففعل ما أمره لم يضمن الامر ، اذ لاوجه للضمان ، سواء قصد المأمور كون ضمانه على الامر أملا ؟ اذ لاضمان على احد بقصد انسان آخر.

نعم، لو قال: اهدم دارك علي، أوبمهر كذا علي، او ماشبه كان عليه لما تقدم من الادلة في ألق متاعك علي ، ولو ظن الفاعل انه ضمن ذلك لم ينفع لان الظن لايوجب الضمان، وقاعدة الغرور لامجال لها لان القائل لم يغر ، و انما ظن الفاعل، فهو كما اذا قال له: توضأ، فظن انه قال له: ألق متاعك ، فان الظن لا يوجب كون القائل غاراً .

ولذا قال في الشرائع: اذاكان خوف على السفينة فقال لصاحب المتاع: ألق متاعك واقتصر على ذلك، فألقى المتاع صاحبه، لم يرجع على القائل، و ليس عليه ضمانه.

وقال في الجواهر : بلاخلاف أجده فيه بين من تعرض له كالشيخين والفاضلين، وثاني الشهيدين وغيرهم للاصل ،كما لوقال: اعتق عبدك فاعتقه ،

أوطلق زوجتك فطلقها ــ انتهى .

ولوقال للطبيب: عالجني، أو للحلاق احلق رأسي، أو للبناء: ابن داري، أو قال لهم : عالج هذا الفقير، أو احلق رأسه ، أو ابن داره. فمقتضى القاعدة الضمان، لان الامر بامره استوفى وقت غيره في المقامين، ولافرق بين ان يصرف وقته لنفس الامر، أولمن أمره الامر، ومثله لوقال للخباز: اعطه خبزاً، أواعطني خبزاً، الى غيرذلك، لانه استوفى مال المأمور في كلا الحالين .

نعم، لوقصد الامرأمره بالخير، أي عالجني قربة الى الله ، أو اعطه خبزاً قربة اليه تعالى ، لم يكن وجه للضمان ، وكذا الحال لوقال له : أد دينه ، أو أد ديني .

والحاصل : ان المأمور قد يقصد التبرع ، سواء للامر ، أو للمأمور له ، وسواء في عمله كالبناء، أوفي ماله كالخباز، وسواء يعودالنفع لاحدهما، أويعود الى نفس المأمور ، كما اذاكان المأمور راكباً في السفينة المشرفة على الغرق، فقال له من على الشاطىء: ألق متاعك في البحر، أويكون حاجة للامر، كمااذا قال عابرشارع لكناس اكنس الشارع .

ففي كل هذه الصور اذا قصد المأمور التبرع لم يضمن الامر، سواء قصد الامر الضمان، أوالتبرع، أولم يقصد شيئاً ، بل ولوقال : [علي] ، وقد لايقصد المأمور التبرع، بل الضمان، فانصدق على الامر[من أتلف مال الغير] أو [من أتلف وقت الغير] لان الوقت محترم أيضاً ، أو [من استوفى مال غيره ، لنفسه او لغيره] أو [من استوفى وقت الغير] ضمن ، لانه مشمول لدليل احترام مال

الناس ووقتهم[١]، ولو بالملازمة العرفية، والا لم يضمن للاصل.

ومنه يعلم، عدم ضمانه اذا قال له : [اد دينك] أوقال له : [ألق متاعك في البحر] فيما كان المأمور وحده راكباً في السفينة ممايخشى منه تلفه، وكان الامر على الشاطيء، الى غيرذلك من الامثلة .

نعم، اذا كان الامر لمصلحة المأمور، أوغيره مماكان واجباً . على المأمور لم يكن ضمان ، فانه لاضمان اذا فعله نفس الامر، فكيف اذا أمر المأمور ، كما اذا قلع لوح السفينة لئلا تؤخذ غصباً ، كما في قصة موسى عليه السلام، أوقطع الطبيب يد المجزوم خوفاً من سراية الجذام حتى يهلكه، أوكان راكباً في السفينة فرآى انها مشرفة على الغرق من جراء ثقل متاع زيد، فالقاه بنفسه في البحر، أوامر مالكه بالالقاء، او امر الثالث بذلك، الى غيره من الامثلة، والكلام في المقام طويل نكتفي منه بهذا القدر .

ومماسبق ظهر انه ليس من الضمان العقدي مثل هذه الضمانات، وانما ذكرها المصنف هنا استطراداً، والله سبحانه العالم .

(١) المستدرك : ج ٤ ص ١٤٦ .

تتمــة

قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمة الاتفاقية أوالخلافيةأن ما ذكروه فى أول الفصل منتعريف الضمان وأنه نقل الحقالثابت من ذمة الى اخرى وأنه لا يصح فى غيـر الدين ولا فى غير الثابت حين الضمان لا وجهله وأنه أعم من ذلك حسب ما فصل .

تتمــة

(قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمة الاتفاقية او الخلافية ان ماذكروه فى اول الفصل من تعريف الضمان) المصطلح (وانه نقل الحق الثابت من ذمة الى) ذمة (اخرى وأنه لايصح) الضمان (في غيرالدين، ولافى غيرالثابت حين الضمان) الى غير ذلك (لاوجه له) بل الضمان المستفاد من الادلة يشمل غير ماذكروه ايضاً (وانه اعم من ذلك) المذكور (حسب مافصل) وحيث قد تقدم الكلام في كل ذلك فلاداعي الى اعادته .

ثم حيث ان المسائل الاتيــة مرتبطة بالمنازعات والشبهات الموضوعيــة جعلها مسائل مستقلة فقال :

مسألة ــ ١ ــ لو اختلف المضمون له والمضمون عنه فى أصل الضمان فأدعى انه ضمنه ضامن وأنكره المضمون له فالقول قوله، وكذا لو ادّعى انه ضمن تمام ديونه وأنكره المضمون له لاصالة بقاء ما كان عليه ولو اختلفا فى اعسار الضامن حين العقد ويساره

(مسألة ـ ١ ـ لو اختلف المضمون لـه والمضمون عنه في أصل الضمان فادعى) المضمون عنه (انه ضمنه ضامن) فبرئت ذمته، ولا حق للمضمون له فى مراجعته (وأنكره المضمون له) بل قال: ان ذمته مشغولة، فله مراجعته، دون سواه (فالقول قوله) اى المضمون له، فله مطالبة المضمون عنه، لاصالة عدم الضمان، فاذا جاء المضمون عنه بالبينة فهو، والا حلف المضمون له واخذ المال من المضمون عنه.

نعم، لو علم المضمون عنه بالضمان كانت دعواه في نفسه باطلة، ولا يحق له التصرف في المال.

(وكذا لو ادعى انه ضمن تمام ديونه وانكره المضمون له) وقال: انما ضمن بعض الديون فلي حق الرجوع في البعض الاخر الى المضمون عنه، فان القول قول المضمرن له، لان الاصل عدم ضمان تمام الديون (لاصالة بقاء ماكان عليه) فى كلا الفرعين.

(ولو اختلفا) المضمون عنه، والمضمون له (في اعسار الضامن حين العقد) فلا يصح ضمانه ـ مع جهل المضمون له ـ (ويساره) بأن ادعى المضمون عنه اليسار فانتقل المال الى ذمته، ولا حق للمضمون له في الرجوع الا الى الضامن،

فادعى المضمون له اعساره فالقول قول المضمون عنه

وقال المضمون له : بل كان معسراً ، وانا لا أعلم بذلك فلي حق الرجوع الى المضمون عنه (فادعى المضمون له اعساره فالقول قول المضمون عنه) لاصالة الصحة واللزوم في العقد والايقاع، ومدعى البطلان بحاجة الى الدليل ولاينفع الاستصحاب لوكان سابقاً معسراً، فان الاستصحاب لايقاوم اصالة الصحة واللزوم بعد الوقوع، فاذا عقدا وبعد مدة شكا، أوادعى أحدهما ان أحدهما كان حال العقد صغيراً ، أو كان صبيحة عقده سكراناً حتى يستصحب السكر الموجب لسلب العبارة أو ماأشبه ، كان الاصل الصحة ، والذى يريد البطلان عليه الاستدلال .

وكذا لوعقد على امرأة وشك بعد مدة، هل كان حال العقد متزوجاً باختها حيث كان سابقاً متزوجاً باختها متعة، لكن لم يعلم هل بقي زواجه بها الى حين عقد الثانية حتى يبطل عقد الثانية لم يستصحب بمايوجب البطلان، الى غير ذلك من موارد استصحاب حالة توجب بطلان العقد أو جوازه .

ومنه يعلم، وجه سكوت ابن العم وجماعة من المعلقين على المتن، خلافاً للسادة الوالد والبروجردي والحكيم، حيث قال الاول: مالم يثبت سبق اعساره وقال الثاني: اذا لم يكن مسبوقاً بالاعسار، وقال الثالث :كأنه لاصالة اللزوم، لكن الظاهر انه مع سبق اعسار الضامن يجرى استصحابه فيثبت اعساره حال الضمان فيكون مدعيه منكراً لامدعياً، الى آخر كلامه .

وعليه، فلااعتبار بالاصل، سواء كان مسبوقاً باليسار، أو العسر، أومجهول الحال مطلقاً ، او مجهول الحال لتوارد الامرين عليه ولم يعلم تقدم وتأخرايهما .

وكذا لو اختلفا فى اشتراط الخيار للمضمون له وعدمه، فان القول قول المضمون عنه، وكذا لو اختلفا فى صحة الضمان وعدمها .

(وكذا لو اختلفا في اشتراط الخيار للمضمون له وعدمه، فان القول قول المضمون عنه) لاصالة عدم اشتراط الخيار ، ولايخفى انه انما جعل الاصل للمضمون عنه لانه غالباً يدعى عدم الخيار غالباً .

أما لو ادعى هو الخيار ـ لانه حقيقة يرى ذلك ، أو لمصلحة له في الخيار بالنسبة له ـ وانكره المضمون له كان الاصل مع المضمون له .

والحاصل: ان الاصل مع منكر الخيار، وكذا اذا اتفقا في أصل الخيار ، لكن اختلفا فى مدة الخيار فانه مع مدعى الزمان الاقل كما هو واضح .

(وكذا لو اختلفا في صحة الضمان وعدمها) فالاصل مع مدعى الصحة لما ذكروه في [كتاب المكاسب] من الدليل القائم على اصالة الصحة في كل عقد وايقاع شك في صحته وبطلانه .

مسألة ــ ٢ ــ لو اختلف الضامن والمضمون له فى أصل الضمان أو فى ثبوت الدين وعدمه أو فى مقداره أو فى مقدار ما ضمن أو فى اشتراط تعجيله أو تنقيص أجله اذا كان مؤجلا أو فى اشتراط شيءٍ عليه زائداً على أصل الدين

(مسألة ـ ٢ ـ لو اختلف الضامن والمضمون له في أصل الضمان) فقال الثاني : انت ضمنت ، وقال الاول : لم اضمن (أوفي ثبوت الدين وعدمه) فقال الضامن : لم يكن دين على المضمون عنه حتى ينتقل الى ذمتي ، وقال المضمون له : بل كان دين ، فانت الان مدين .

(أو في مقداره) فقال الضامن : كان الدين مأة ، وقال المضمون له : بل مأتين .

(أوفي مقدارماضمن) فقال المضمون له : ضمنت كل الدين ، وقال الضامن بل نصفه .

(أو في اشتراط تعجيله) فقال الضامن : ضمنته مؤجلا ، كما كان ، وقال المضمون له : بل ضمنته معجلا .

(أو تنقيص أجله اذا كان مؤجلا) بأن كان أجله شهراً ، فقال المضمون له : ضمنته الى عشرة أيام ، وقال الضامن : بل كما كان ، أوالى عشرين يوماً .

(أوفي اشتراط شيء عليه زائداً على أصل الدين) وذلك لصحة الشرط في عقد الضمان، لاطلاق أدلة الشرط ، كما اذا قال المضمون له : اشترطت ان يعطيني الضامن الدنانير التي على المضمون عنه جدداً ، وقال الضامن : لم يكن هذا الشرط .

فالقول قول الضامن ولو اختلفا فى اشتراط تأجيله مع كونه حالا أو زيادة أجله مع كونه مؤجلا أو وفاءاً أو ابراء المضمون له عن جميعه أو بعضه أو تقييده بكونه من مال معين والمفروض تلفه أو اشتراط خيار الفسخ للضامن أو اشتراط شيء على المضمون له

(فالقول قول الضامن) المنكر لكل ذلك ، لاصالة عدم الضمان الذي يدعيه المضمون له، ولاصالة عدم الدين الذي يدعيه ، ولاصالة عدم الزيادة التي يدعيها ولاصالة عدم الضمان في الزائد الذي يدعيه ، ولاصالة عدم اشتراط التعجيل الذي يدعيه ، ولاصالة عدم اشتراط تنقيص الاجل الذي يدعيه ـ بكلا شقيه ـ ولاصالة عدم اشتراط شيء عليه زائداً على أصل الدين .

(ولو اختلفا في اشتراط تأجيله مع كونه حالا) بأن كان الدين حالا ، فادعى الضامن انه اشترط تأجيله أو كان مؤجلا أجلا قليلا ، فادعى الضامن تأجيله أجلا اكثر ، ولذا قال : (أو زيادة أجله مع كونه مؤجلا أو) ادعى الضامن (وفاءاً) أي انه اعطى المضمون له المال، فهو يريد أخذه من المديون ـ المضمون عنه ـ.

(أو) ادعى الضامن (ابراء المضمون له عن جميعه أو بعضه) فلا يطالبه المضمون له بشيء (أو) ادعى الضامن (تقييده) أي الضمان (بكونه من مال معين والمفروض تلفه) فبطل الضمان وبرئت ذمته من المال .

(أو) ادعى الضامن (اشتراط خيار الفسخ للضامن) فأخذ بالخيار فعليه الرجوع الى المضمون عنه لانه اذا بطل الضمان رجع الدين الى ذمة المضمون عنه .

(أو) ادعى الضامن (اشتراط شيء على المضمون له) كان شرط الضامن

أو اشتراط كون الضمان بمايسوى أقل من الدين قدم قول المضمون له .

على المضمون له ان يخيط ثوب الضامن ، فهو يطالبه بشرط و المضمون له ينكر الشرط المذكور .

(أو) ادعى الضامن (اشتراط كون الضمان بما يسوى أقل من الدين) فلا حق للمضمون له في أكثر من ذلك (قدم قول المضمون له) المنكر للتأجيل ، ولزيادة الاجل ، أو ان الضامن وفي كله أو بعضه ، أو ان المضمون له أبرئه أو ان الضمان كان مقيداً بمال معين ، أو قال : انه كان مقيداً ، و لكنه لم يتلف ذلك المال المعين، أو انه لاخيار للضامن ، أو انه لاشيء قرر عليه من الشرط أو انه لم يقبل بأن يكون الدين أقل ، كل ذلك لاصالة عدم ما يدعيه الضامن فهو مدع لابد عليه من البينة ، فاذا لم تكن له بينة حلف المضمون له ، و كان الحق معه، ومن هذه المسائل تفرع سائر أقسام ادعاء الضامن ، وانكار المضمون له ، كما انه لو كان الامر من التداعي جرت قواعده، مثل ان يسلم كلاهما بأن الضمان من مال معين ، لكن قال أحدهما : انه من هذا المال المعين ، و قال الاخر : انه من المال المعين الاخر ، الى غير ذلك من الامثلة .

مسألة ــ ٣ ــ لو اختلف الضامن والمضمون عنه فى الاذن وعدمه أو فى وفاءِ الضامن حتى يجوز له الرجوع وعدمه أو فى مقدار الدين الذى ضمن وأنكر المضمون عنه الزيادة أوفى اشتراط شىء على المضمون عنه أو اشتراط الخيار للضامن

(مسألة ـ٣ـ لو اختلف الضامن والمضمون عنه في الاذن و عدمه) فادعى الضامن ان المضمون عنه اذن ، فاذا أدى الدين رجع الى المضمون عنه ، و قال المضمون عنه : انه لم يأذن له ، فلا حق للضامن في الرجوع اليه .

(أو في وفاء الضامن) بأن ادعى الضامن انه وفى فطالب المضمون عنه بما ادى ، وأنكر المضمون عنه ان الضامن وفى.

(حتى يجوز له الرجوع) في صورة الاذن و الوفاء (وعدمه) في صورة عدم الاذن و الوفاء(أو في مقدار الدين الذي ضمن) فقال الضامن : انه ضمن ـ باذنه ـ مأة ، وقال المضمون عنه : ان ضمانه باذنه كان بمقدار خمسين .

(و أنكر المضمون عنه الزيادة أو) اختلفا (في اشتراط شيء على المضمون عنه) أما بأن قال : أنا أضمن عنك ، بشرط ان تخيط ثوبي مثلا ، فالظاهر ان الشرط واجب عليه حينئذ ، وان لم يكن المضمون عنه في طرف عقد الضمان ، وذلك لما تقدم في مسألة ألق متاعك في البحر وعلي بدله .

وأما المراد باشتراطه عليه في ضمن عقد خارجي ، وبهذا فسره السيدان البروجردي والحكيم، وتبعهما غير واحد من المعلقين .

(أو اشتراط الخيار للضامن) فقال الضامن : انه اشترط لنفسه الخيار ، و قد فسخ عقده فرجع المال الى ذمة المضمون عنه ، وانكر ذلك المضمون عنه

قدم قول المضمون عنه

و قال : ان ذمة الضامن مشغولة ، لانه لم يشترط الخيار .

(قدم قول المضمون عنه) لانه ينكر الاذن في الاول ، وينكر الوفاء في الثاني ، وينكر الزيادة في الدين في الثالث ، و ينكر اشتراط شيء عليه في الرابع، وينكر اشتراط الخيار للضامن في الخامس، والاصل يوافق كل ذلك فان الاصل عدم الاذن و عدم الوفاء ، و عدم زيادة الدين و عدم اشتراط شيء عليه وعدم اشتراط الخيار للضامن فيكون منكراً، والقول قوله اذا لم يقم طرفه البينة .

أما قول المستمسك : لانه يدعى عدم الاذن في الفرض الاول الى آخره مما سمى ، كل ذلك ادعاءاً ، فهو تعبير عرفي ، لا انه أراد الا دعاء الذين يقولونه في [كتاب القضاء] في قبال المنكر - كما هو واضح - .

ثم انه قد ذكر المصنف في الفرض الثاني انه لو اختلف الضامن والمضمون عنه في وفاء الضامن حتى يجوز له الرجوع وعدمه حتى لايكون له الرجوع قدم قول المضمون عنه، وهل يختلف الامر فيما اذا انكر المضمون له قول الضامن أو أقر به، أوسكت ولم يرد - ولو لموت ونحوه - أو لايختلف ، كما اطلق المصنف وتبعه غالب المعلقين كالسادة الوالد وابن العم والبروجردي والجمال وغيرهم؟ احتمالان .

قال القواعد: يحتمل عدم سماع انكار المضمون عنه فيما اذا أقر المضمون له بالوفاء لسقوط المطالبة بالاقرار الذي هو أقوى من البينة، كما احتمل السماع

أيضاً لان قول المضمون له ليس حجة، وأشكل على كلا الاحتمالين محكى جامع المقاصد ، أما عدم السماع بأن الاقرار انما يقتضي سقوط المطالبة ظاهراً لا واقعاً ، اذ من الجائز كذبه فى الاقرار فيكون دينه باقياً ، و تجوز مطالبته ، وأما السماع فلان المضمون له اذا لم يطالب لم يؤد الضامن شيئاً فكيف يأخذ شيئاً من المضمون عنه .

أقول: اذا ادعى الضامن الوفاء و أنكر المضمون عنه ، و وافقه في الانكار المضمون له فلا اشكال في ان القول قول المضمون عنه لانه لاشيء في قبال انكار المضمون عنه ، و كذا اذا سكت المضمون له ـ و لو لموت و نحوه ـ وأما اذا ادعى الضامن الوفاء ووافقه المضمون له ، وأنكر المضمون عنه . فهنا أمران :

الاول: الحكم ظاهراً، وهنا يكون الحق مع المضمون عنه اذ ليس الاقرار من المضمون له من الادلة ، فان اقراره مثبت في حق نفسه، لافي حق غيره ، و القول بأن الاقرار أقوى من البينة، غير ظاهر الوجه، فان كل لوازم البينة حجة بخلاف كل لوازم الاقرار، ولذا تقدم البينة على الاقرار اذا تعارضا، كما ذكرناه في [كتاب الشهادات] .

والثاني : الحكم واقعاً ، وفيه : يكون الامر مدار الوفاء وعدمه، والاقرار لايؤثر فى تغيير الواقع ، و لذا لو توافق المضمون عنه ، والمضمون له بأن الضامن وفى وهو يعلم عدم وفائه لم ينفع توافقهما في برائة ذمة الضامن، وعدم

ولو اختلفا فى أصل الضمان وأنكر الضامن أو فى مقـدار الدين الذى ضمنه وأنكر الضامن الزيادة فالقول قول الضامن .

جواز مطالبته المضمون له ظاهراً بعد اقراره لايسقط حقه واقعاً .

نعم ، ورد ان الحلف تسقط الحق بمعنى انه لايحق له ان يطالب بعد ان حلف غريمه ، وذلك ثبت بدليل خاص على خلاف القـاعدة وعدم الحق في المطالبة لايسقط الحق واقعاً ، ولذا قال صلى الله عليه و آله و سلم اقتطعت له قطعة من نار .

(ولو اختلفا في أصل الضمان) فادعى المضمون عنه الضمان ، فلا يحق للمضمون له مطالبة المضمون عنه(وأنكر الضامن) الضمان(أو) اختلفا(في مقدار الدين الذي ضمنه)فادعى المضمون عنه ان الدين مأة وادعى الضامن انه خمسون ـ مثلا ـ .

(وانكر الضامن الزيادة فالقول قول الضامن)لان قوله موافق للاصل لوضوح ان الاصل عدم الضمان، وعدم الزيادة .

مسألة ــ ٤ ــ اذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينة ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للاذن أو الدين لاعترافه بكونه أخذ منه ظلماً ، نعم لو كان مدعياً مع ذلك للاذن في الاداء بلاضمان ولم يكن منكراً لاصل الدين

(مسألة ــ ٤ ــ اذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى) المضمون له (الحق منه بالبينة) أو بالبينة واليمين لما حقق في محله من ثبوت الحقوق المالية بالشاهد و يمين صاحب الحق (ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للاذن أو) المنكر لـ(الدين) لانه قد ينكر أصل الدين ، و قد ينكر الاذن مع قبوله الدين .

أما اذا انكر الدين واثبت الاذن ، كما اذا ادعى المضمون له الدين على المضمون عنه وخاف من سمعته ، فقال للضامن اضمنه فضمنه واداه كان للضامن الرجوع، لانه مثل ان يقال له : اعط ديناراً للفقير وعلي بدله ، وان لم يكن من حقيقة الضمان في شيء .

(لاعترافه بكونه أخذ منه ظلماً) حيث انه يقر بأن لادين على المضمون عنه ، أو انه لم يأذن له في الضمان فكيف يكون له ان يأخذ المال من المضمون عنه .

(نعم لو كان مدعياً مع ذلك) الذي يعترف بانه لاضمان (للاذن) من المضمون عنه ، له (في الاداء بلاضمان) عقدي ينقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن (ولم يكن منكراً لاصل الدين) بل قد عرفت انه يصح مع انكاره

وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدين والاذن فى الضمان جاز له الرجوع عليه اذ لامنافاة بين انكار الضمان وادعاء الاذن فى الاداء فاستحقاقه الرجوع معلوم غاية الامر أنه يقول ان ذلك للاذن فى الاداءِ والمضمون عنه يقول انه للاذن فى الضمان فهو كما لو ادعى على شخص أنه يطلب منه عشر قرانات قرضاً والمدعى

أصل الدين أيضاً ، لانه دفعه باذن المضمون عنه ، فالمضمون عنه ضامن للمؤدي.

(وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدين والاذن في الضمان) بل بالاذن فقط كما عرفت وجهه (جاز) أي حق (له الرجوع عليه) وانما حق للمعطى الرجوع (اذ لامنافاة بين انكار الضمان وادعاءِ الاذن) من المضمون عنه (في الاداء) وتحصل ان مقتضى القاعدة ان الضامن لو أنكر الضمان ، واعترف باذن المضمون عنه له فى الاداء ، واعترف المضمون عنه انه اذن له في الاداء ، فأخذ المضمون له المال عن الضامن بالبينة ، حق للضامن الرجوع الى المضمون عنه ، لان المضمون عنه اذن له في اعطاء المال .

(فاستحقاقه الرجوع) الى المضمون عنه (معلوم) لانه أدى باذنه (غاية الامر أنه) أى الضامن (يقول ان ذلك) طلبه من المضمون عنه (للاذن في الاداء والمضمون عنه يقول انه للاذن في الضمان) أو للاذن في الاداء اذا قال المضمون عنه : انه لم يكن مديوناً ، ولكنه اذن له في الاداء خوفاً من سمعته ، حيث ان المضمون له يطلبه بشدة وعنف .

(فهو كما لو ادعى على شخص أنه يطلب منه عشر قرانات قرضاً والمدعي

ينكر القرض ويقول انه يطلبه من باب ثمن المبيع فأصل الطلب معلوم

ينكر القرض ويقول انه يطلبه من باب ثمن المبيع فأصل الطلب معلوم) وقد أكثر المعلقون الكلام حول ما ذكره ، خلافاً للسيدين الوالـد والبروجردي، حيث سكتنا على المتن ، فقال السيد الجمال : لايخفى مافي هذا الفرض بقيوده من التشويش ، ولعله أراد ماذكرناه من عدم الاحتياج الى بعض القيود ، وقال بعضهم : ان للضامن الرجوع اذا أداه بقصد ماأذن له ، وأما اذا أخذه منه قهراً من دون ان يقصد الاداء فلاوجه لرجوعه عليه لاعترافه بأن الدين باق بحاله والمال مأخوذ غصباً .

أقول : اذا لم يقصد اذن المضمون عنه لم يفعل أمره فلاحق له في الرجوع عليه ، فهو كما اذا أمره ببناء داره، لكنه لم يبن انطلاقاً من أمره ، بل جبره جابر بالبناء ، حيث لاحق له في الرجوع اليه [اللهم الا اذا كان لعمله قيمة في البناء حيث يشترك معه بمقدار قيمة عمله] أو امره بقرائة سورة من القرآن له اجرة لكنه لم يقرئها انطلاقاً من امره بل من جبر جابر ، حيث ليس له الرجوع الى الامر .

اما قول السيد ابن العم ومعلق آخر [عند قوله : جاز له الرجوع اليه] مقاصة اى لما اخذ منه قهراً، فنقول : لاوجه للتقاص اذا لم يعترف المضمون عنه بالدين وان اذن له في الاداء اذا لم يؤد بعنوان أمره .

واما اذا اعترف بالدين واذن له في الاداء واخذ المضمون له منه قهراً بدون

قصده الأداء ، فهناك طلب من الضامن عن المضمون له الغاصب الاحذ قهراً، وطلب من المضمون له عن المضمـون عنه ـ حيث يعترف المضمون عنه بأن المضمون له يطلبه ـ فيصح ان يتراضى الضامن والمضمون عنه بأن يكون ما اخذه المضمون له من الضامن في قبال ما اخذه المضمون عنه من المضمون له ، وهذا وان كان نوع تقاص لكنه يحتاج الى التراضي ، ولا يكفي فيه اذن المضمون عنه للضامن في اداء الدين ، لانه لم يؤد الدين بل اخذ منه جبراً .

ومما تقدم تعرف وجه قول المستمسك بأن الاذن في الاداء انما تقتضي جواز الاداء لا وجوبه ، كما لا تقتضي ولاية الدائن على الاخذ من المديون ولا جواز اجباره على الأداء فاذا اجبر على الأداء لم يكن الاداء صحيحاً .

[أقول : اى اذا لم يقصد الاداء] بل المال باق على ملك المالك ولا يدخل في ملك الدائن فكيف يجوز الرجوع على المضمون عنه بعد الأداء الاجباري اذ الرجوع انما يكون اذا كان الاداء صحيحاً مفرغاً لذمة المضمون عنه، والحال ان هذا الأداء كلا اداء .

نعم ، اذا رضي به بعد ذلك ، بناءاً على صحة احتساب دينه على الغاصب وفاءاً على دين الغاصب على شخص آخر جاز رجوعه على الاذن ، الى آخر كلامه ـ انتهى ملخصاً .

بقي شيء ، وهو هل ان مثال المصنف صحيح في نفسه ، أم محل تأمل ؟ لان المـدعي اذا أنكر القرض ، وقال : انـه ثمن المبيع ـ والمطالب ينكر ثمن المبيع ـ حق للمدعي ان لا يدفع المال اليه ، لانه لم يثبت عليه القرض

ولو لم يعترف المضمون عنه بالضمان أو الاذن فيه وثبت عليه ذلك بالبينة فكذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصة عما أخذ منه

الذي يدعيه المطالب فيحلف على عدمه والمطالب لايأخذه ثمن المبيع ، لانه يعتقد انه ليس ثمن المبيع .

نعم ، حق له ان يأخذه مقاصة ، حسب اعتقاده ، وفي مثل هذه الموارد لم يعلم انه يكفي الجامع ، كما في باب الشهادة ، فلو شهد اثنان بسرقة الكتاب ليلا ، وآخران بسرقته نهاراً .

لايقال : ان الجامع مقطوع فعليه الرد والحد ، الى غير ذلك من الامثلة مما تعرضناله في [كتاب الشهادات] فتأمل .

ثم انه قد تقدم من المصنف فرع فرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً (و) لذا ذكر هنا فرع ما (ولو لم يعترف المضمون عنه بالضمان أو الاذن فيه و ثبت عليه ذلك بالبينة فكذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصة عما أخذ منه) و ذلك لعدم الفرق بين اعتراف المضمون عنه، وبين قيام البينة بوجود الدين و الأذن في الضمان، لان البينة قائمة مقام الاعتراف، ويأتي هنا كل ما تقدم من الكلام في الفرع السابق.

و بذلك يظهر الاشكال في جملة من التعليقات ، ولذا سكت على المتن السادة الوالد وابن العم والبروجردي والجمال وآخرون وقد أطال المستمسك الكلام في المقام ، وفيه مواقع للنظر كما لا يخفى على من راجعه مع ملاحظة ماتقدم.

وهل يجوز للشاهدين على الاذن فى الضمان حينئذ أن يشهدا بالاذن من غير بيان كونه الاذن فى الضمان أو كونه الاذن فى الاداء الظاهر ذلك وان كان لايخلو عن اشكال

(وهل يجوز للشاهدين على الاذن) من المضمون عنه (في الضمان حينئذ أن يشهدا بالاذن) فقط (من غير بيان كونه الاذن فى الضمان) حتى يكون ضامناً و تفرغ ذمة المضمون عنه بضمانه.

(أو كونه الاذن في الاداء) حتى يبقى الدين على المضمون عنه، وانما يكون المأذون مأذوناً بالدفع فقط من غير اشتغال ذمة المأذون، لانه ليس بضامن حينئذ (الظاهر ذلك) لان لكلا الاذنين أثر، وان اختلفت الاثار، فان المأذون اذا دفع له الرجوع الى المضمون عنه على الاول من باب الضمان، وعلى الثاني من باب انه استوفى المال من المأذون، فهو كما اذا قال له: اعط الفقير درهماً كما تقدم في مسألة ألق متاعك فى البحر .

(وان كان لايخلو عن اشكال) باعتبار ان مجرد الاذن لايدل على الضمان، ولا على انه اذن من قبيل اعط الفقير ، فلعله كان اذناً في التبرع بدون تحمل البدل من قبيل افعل كذا قربة الى الله تعالى.

ومن ذلك يعرف ، ان القاعدة التفصيل فى سماع الشاهدين اذا كان كل طرف له أثر، وعدم سماعهما اذا كان بعض الاطراف لا أثر له ، وكأن السادة الوالد وابن العم والبروجردي والجمال فهموا الاول، ولذا سكتوا على المتن، والبروجردى والحكيم فهما الثاني، فأشكلوا عليه قال أولهما : الظاهر عدم ان يكون للشاهد ذلك، اذ ليس الاذن مع قطع النظر عن متعلقه موضوعاً متحصلا

وكذا في نظائره كما اذا ادعى شخص على آخر أنه يطلب قرضاً وبينته تشهد بأنه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض، فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب من غير بيان أنه للقرض أو لثمن المبيع على اشكال.

له احكام حتى يترتب عليه أحكامه بقيام البينة عليه بدون ذكر متعلقه، وليس مثل الدين فانه له في حد نفسه تحصلا وأحكاماً، وليس متقوماً بأسبابه، وقال ثانيهما: لاأثر لمثل هذه الشهادة بخلاف الدين وان لم يذكر السبب المقتضى له من بيع أو قرض أوغيرهما.

(وكذا في نظائره كما اذا ادعى شخص على آخر أنه يطلب قرضاً وبينته تشهد) عند نفسها (بأنه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض، فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب) بأن يقولا ان الطالب يطلبه بكذا من المال (من غير بيان انه للقرض أولثمن المبيع) لانه ليس بلازم الشهادة بكل الخصوصيات، الا اذا كانت الخصوصيات مغيرة للحكم.

(على اشكال.) في غير المغيرة للحكم أيضاً، مثلا: قد يرى الشاهد انه ان الوالد سرق من مال ولده، حيث التعزير لا القطع، أويرى الشهود الاربع ان الزاني زنا بمحارمه، حيث القتل لا الجلد، وهنا ليس لهم ان يشهدوا بالسرقة المطلقة بدون ذكر ان السارق كان والداً، أو الزاني كان بالمحارم لانه يوجب تغيير حكم الله والاغراء بالجهل فتقطع يد الوالد ويجلد الزاني، بينما ليس حكمهما القطع والجلد، وقد لاتكون الخصوصيات مغيرة للحكم، كما اذا علما بانه مديون لزيد من باب ارث أبيه ـ لا من باب ثمن المبيع ـ فقالا انه

مديون كذا بدون ذكر الارث ، فانه لا بأس بمثل هذه الشهادة لانـه لا تغير الحكم.

ولعل وجه قول المصنف: على اشكال ان الشاهد يجب عليه ان يشهدبكل الخصوصيات، لانه المنصرف من أقيموا الشهادة لله، كما انه المنصرف من لا يأب الشهداء اذا ما دعوا ، لكن الظاهر ان الانصراف بدوى ، ولذا قال بعض المعلقين: الشهادة على أصل الدين من دون ذكر السبب، لا اشكال فيه ظاهراً.

ومما تقدم في اداء الشهادة من جهة ذكر الخصوصيات وعدمه يظهر حال تحمل الشهادة وان اللازم تحقيق الشاهد عن الخصوصيات ان كانت الخصوصيات تغير الحكم، بينما أراد الشهادة بعد ذلك، كما اذا شهد سرقة، فاللازم ان يحقق هل انه والد أم لا ، اذ لا حق في الشهادة المضللة اذا كانت شهادتـه توجب الضلال بأن لا يتمكن الحاكم من التحقيـق أو ما أشبه ذلك ، واذا شهد عنـد الحاكم بما يتردد بين القطع والتعزير أو الجلد والقتل ـ كما تقدم في المثالين ـ رتب الحاكم الاثر المقطوع ، اذا لم يقدر على تحقيق الحال ، بأن يعزره مثلا على كل حال، اذ تركه بدون عقاب مقطوع العدم وحيث لايعرف قدر العقاب يتمسك بأطلاقات أدلة العقاب .

أما الجـامع بين الامرين ، مثل سقوط العدالـة عن الزاني فهو مرتب على كل حال ، والمسألة بحاجة الى التفصيل، ممالايسعه المقام ، والله سبحانه العالم .

* * *

مسألة ـ ٥ ـ اذا ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له و حلف ليس له الرجوع على المضمون عنه اذا لم يصدقه في ذلك وان صدقه جاز له الرجوع اذا كان باذنه وتقبل شهادته له بالاداء

(مسألة ـ ٥ ـ اذا ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له و) كانت للضامن بينة كان القول قبول الضامن ووجب على المضمون عنه اعطائه ماأدى، لان البينة مقدمة على انكار المضمون له كما هو واضح .

وان لم تكن للضامن بينة و (حلف) المضمون له على عدم الوفاء (ليس له) أي للضامن (الرجوع على المضمون عنه اذا لم يصدقه) المضمون عنه (في ذلك) الوفاء ، لعدم ثبوت الاداء ، بل ثبوت عدمه فلاوجه لرجوعه الى المضمون عنه .

(وان صدقه) المضمون عنه (جاز) أي حق (له الرجوع اذا كان باذنه) لان المضمون عنه أقر بانه أدى فاستحق عليه البدل، وان كان المضمون له كذبه وحلف مما كان الحكم ادائه اليه ، اذ تصديق المضمون عنه للضامن لايثبت على المضمون له انه أخذ المال .

(وتقبل شهادته) أى المضمون عنه (له) أي للضامن (بالاداء) اذا كان المضمون عنه أحد شهود الاداء ، وذلك لان المديون الان ـ بعد الضمان ـ الضامن ويكون المضمون عنه كالاجنبي، وان كان المآل الى أخذ الضامن من المضمون عنه، فلاتدخل المسألة في من جرنفعاً ، حيث لاتقبل شهادة مثله لما ذكرناه في [كتاب الشهادات] من انه ليس كلياً، بل خاص بموارد مخصوصة .

ومما تقدم ظهر ، ان الضامن لوادعى الاداء فقد يكون له حجة فهو ، وقد

اذا لم يكن هناك مانع من تهمة أوغيرها مما يمنع من قبول الشهادة.

لاتكون له حجة، وحينئذ فان صدقة المضمون عنه كان له الرجوع اليه، وان لم يصدقه كان عليه الاداء ان حلف المضمون له بعدم الاداء، وان لم يحلف ففيه احتمالان ـ على ماذكروا فى كتاب الشهادات ـ من انه هل بمجرد النكول يكون الحق مع المدعى ؟ أو لا يكون الحق معه الا بحلفه اليمين المردودة ؟ والله سبحانه العالم .

قوله : (اذا لم يكن هناك مانع من تهمة) التواطي بين المضمون عنه والضامن على المضمون له، فى شهادة المضمون عنه للمضمون له (أو غيرها) من فقد المضمون عنه بعض شروطه قبول الشهادة ، انما يتم فى [غيرها] (مما يمنع من قبول الشهادة) أماالتهمة فقد عرفت الحال فيه وانها ليست عامة تشمل كل تهمة، والا لم تقبل شهادة الزوجين أحدهما للاخر والوارث لمورثه ، الى غيرذلك، وتفصيل الكلام فى باب الشهادات .

ثم انه لو ادعى الضامن انه أدى ولم يمكن الاستعلام من المضمون عنه ، فاللازم على المضمون عنه الاداء ان لم يعلم صدقه أو كذبه ، لان الضامن امين ويقبل قول الامين، منتهى الامر ان يطلب حلفه، فانه ليس على الامين الا اليمين كما قرر فى محله .

ولو ادعى الوارث للمضمون له عدم اداء الضامن وادعى الضامن الاداء ، فالظاهر ان على الضامن البينة و الحلف لانه ادعاء على الميت، ولو ادعى الضامن الوفاء وانكر ولى المضمون عنه ـ فيما اذا مات ـ لم يكن له على الضامن الا اليمين، فان الامين لم يخرج عن امانته بموت الذي ائتمنه .

مسألة ــ ٦ ــ لو أذن المديون لغيره فى وفاء دينه بلا ضمان فوفى جاز له الرجوع عليه

(مسألة ــ ٦ ــ لو اذن المديون لغيره فى وفاء دينه) لم يكن من الضمان الناقل لذمة المديون الى ذمة الضامن فهو امر خارجى (بلاضمان) اصطلاحى ليكون له احكام الضمان .

(فـ) ان (وفى) والحال هذه (جاز له الرجوع عليه) اذاكان قصده اعطائه بدله ولم يقصد المأذون التبرع ، لانه حينئذ يدخل فى قاعدة من استوفى مال غيره، أو وقت غيره ، كان عليه بدله ، المستفادة من قاعدة احترام مال الناس و عملهم، أو كان صدق على المديون الغار ــ وان لم يقصد اعطاء بدله ــ لقاعدة المغرور يرجع الى من غره .

ومنه يعلم ، انه اذا لم يقصد المأذون التبرع ، لكن لم يقصد الاذن اعطاء بدله ولم يكن المأذون مغروراً ، لم يكن وجه لرجوع المأذون الى المديون، لاصالة عدم ضمان المديون .

وعليه، فاحتمال القواعد في المسألة محل نظر ، قال ومن أدى دين غيره بغير ضمان و لا اذن لم يرجع وان اداه باذنه بشرط الرجوع رجع و لو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه، اذ ليس من ضرورة الاداء الرجوع وثبوته للعادة ــ انتهى .

أي احتمل ثبوت الرجوع ، لان العادة تقتضي ان المديون اذا اذن أراد الرجوع عليه بعد أداء المأذون ومثلها ماحكي عن التذكرة، بل اللازم التفصيل

ولو ادعى الوفاء وأنكر الاذن قبل قول المأذون لانه أمين من قبلـه ولو قيد الاداء بالشهادة وادعى الاشهاد وغيبة الشاهدين قبل قوله أيضاً ولو علم عدم اشهاده ليس له الرجوع ، نعم لو علم أنه وفاه و لكن لم يشهد يحتمل جواز الرجوع عليه لان الغرض من الاشهاد

الذي ذكرناه ، كما ان اللازم حمل كلام المصنف و الساكتين عليه كالسادة الوالد وابن العم والبروجردي والجمال وغيرهم على ماذكرناه .

(ولو ادعى) المأذون (الوفاء وأنكر الاذن) بصيغة اسم الفاعل ، ولم يأت المنكر بالدليل (قبل قول المأذون لانه أمين من قبله) كما في الجواهر و غيره والأمين يقبل قوله، كما ذكرناه في [كتاب الطهارة] وغيرها.

نعم، للاذن عليه الحلف، لانه على الامين (ولو قيد) الاذن (الاداء بالشهادة وادعى) المأذون (الاشهاد) عند ادائه الدين (و) لكن ادعى (غيبة الشاهدين) حيث طلب منه ان يأتي بهما أو موتهما (قبل قوله أيضاً) لانه أمين كماتقدم.

(ولو علم عدم اشهاده) حين الاداء (ليس له الرجوع) كما في الجواهر و غيره ، لان الاذن انتفى بانتفاء قيده فلم يكن الدفع بأذن المديـون حتى يكون للمأذون الرجوع عليه، ومثله ما لو قيد الاذن بشرط آخر ، وانتفى الشرط، و حينئذ كان للمأذون الرجوع بما أعطى لانه لم يقع عن الاذن ولم يكن المعطي متبرعاً بعطائه .

(نعم لو علم انه وفاه ولكن لم يشهد) أولم يأت بالشرط الاخر المشروط عليه للوفاء (يحتـمل جواز الرجوع عليه) على الاذن (لان الغرض من الاشهاد

العلم بحصول الوفاء والمفروض تحققه .

العلم بحصول الوفاء والمفروض تحققه.) والاولى ان يفصل في المسألة بأنه ان كان الاذن مقيداً لم يحق له الرجوع ، لانه لم يقع على الوجه المأذون فيه ـ وان حصل الغرض ـ وان لم يكن الاذن مقيداً حق له الرجوع وان لم يحصل الغرض، لانه وقع على الوجه المأذون فيه.

ولذا أشكل على المتن السيد الجمال بقوله: لكنه ضعيف، وتعليله بحصول الغرض أضعف.

ثم انه اذا اشترط عليه الاشهاد ، فدفع المأذون المال الى الدائن بحضور الاذن لم ينفع في الرجوع عليه، لانه أتى بغير الشرط ، أما ما في القواعد من انه لو كان الدفع بحضور الاصيل فلاضمان، اذ التقصير ينسب اليه ـ انتهى فهو في مسألة اخرى، لا في محل الكلام .

ولو شرط عليه الآشهاد، فان أراد مجرد حضور شاهد أو شاهدين ولو غير جامعين للشرائط فهو ، والا لزم الاشهاد الحجة شرعاً من عادلين ، أو رجل و امرأتين، وعليه يحمل كلام القواعد والتذكرة وجامع المقاصد قال في الاول : ولا تفريط لو أشهد رجلا وامرأتين أو مستورين، فانه لابد وان يحمل على ارادة من ظاهره العدالة كما في الحديث ان يكون ساتراً لجميع عيوبه .

قال في مفتاح الكرامة: ولم يرجح في المبسوط في المستورين الذين بان فسقهما بعد ذلك، والاقرب انه ليس بمفرط، لان عليه ان يشهد من يكون عادلا

....

في نظر الشرع حين الاشهاد وقد فعل.

وفي المقام فروع كثيرة نكتفي منها بما تقدم، والحمد لله رب العالمين و الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين.

قم المقدسة

محمد بن المهدى الحسينى الشيرازى

كِتَابُ الحَوَالَةِ

كتاب الحوالة

وهي عندهم تحويل المال من ذمة الى ذمة

كتاب الحوالة

بفتح الحاء على وزن غزالة ، وهي مشروعة عقلا وشرعاً ، وعن التذكرة انها جائزة بالنص والاجماع ، وعن المبسوط والسرائر انها مشروعة بالنص و أجماع الامة ، وقد ذكر ذلك الجواهر ومفتاح الكرامة والمستمسك و غيرهم ساكتين عليه مما يدل على انهم موافقون للاجماع المنقول فى كلام اولئك.

و المراد بكتاب الحوالة كتاب هو حوالة أو بطريقة الاضافة ، و الحوالة كانت قبل الاسلام، وانما قررها الشارع وزاد ونقص فى بعض خصوصياتها، و لذا كان المرجع العرف اذا شك في تصرف الشارع في خصوصية لاطلاق الدليل.

(وهي عندهم) غالباً لا جميعهم (تحويل المال منذمة الى ذمة) .

قال في الشرائع : فالحوالة عقد شرع لتحويل المال من ذمة مشغولة الى ذمة مشغولة بمثله ، ومراده بمثله ليس لزوم التطابق حتى لا تصح حوالة مائة على من ذمته مشغولة بألف ، بل المراد لزوم ان تكون تلك الذمة مشغولة بما

والاولى أن يقال : انها احالة المديون دائنه الى غيره وعلى هذا فلا ينتقض طرده بالضمان

لايقل من مأة، وانما قلنا غالباً، لان العلامة لايرى لزوم اشتغال ذمة المحال عليه مشغولة .

ولذا قال في القواعد: وهي عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى آخرى ونحوه المحكى عن تحريره وتذكرته، وكذا عن الوسيلة والسرائر.

(و) على هذا فـ (الاولى) لا الافضل ، بل من قبيل أولى لك فأولى (ان يقال:) في تعريفها (انها احالة المديون دائنه الى غيره) واذا قيل بصحةالحوالة من البرى الى البرىء، مثل احالة شخص الفقير الى غيره، كما هو متعارف- بل قد يجب اذا وقع ضمن شرط عقد و نحوه - لم يحتج التعريف الى ذكر الدائن والمديون والظاهر صحة ان يحيل الى ذمة غيره كلياً أوفي عين خارجية كما تقدم مثله في الضمان ولعله لذا أسقط [ذمة] غيره.

(و) كيف كان ، قال في مفتاح الكرامة : لمـا لم يشترط المصنف في الحوالةشغل ذمة المحال عليه حاول في التعريف شموله لهذا القسم لئلاينتقض في عكسه .

قال في المسالك : لكنه وقع فيما هوأصعب من ذلك ، وهو انتقاضه في طرده ، وكأنه الى رد ذلك أشار المصنف بقوله : (على هـذا فلاينتقض طرده بالضمان) وجه الانتقاض ماذكره بقوله :

فانه وان كان تحـويلا من الضامن للدين من ذمة المضمون عنه الى ذمته الا أنه ليس فيه الاحالة المذكورة خصوصاً اذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه ويشترط فيهامضافاً الى البلوغ والعقل والاختيار

(فانه وان كان تحويلا من الضامن للدين من ذمة المضمون عنه الى ذمته) فيشبه من هذه الجهة بالحوالة (الأأنه ليس فيه الاحالة المذكورة) لان التحويل والنقل انماهو عن ذمةالمحيل والمحول، والمضمون عنه ليس محيلا، ولامحولا والنتيجة وان كانت نقل مافي ذمة الى ذمة الاان الناقل قديكون من شغلت ذمته ـ كما في الحوالة ـ وقديكون غيره ـ كما في الضمان ـ .

(خصوصاً اذا لم يكن) النقل (بسؤال من المضمون عنه) فان الفرق أوضح وان كان حتى في سؤاله لاحوالة، اذلايحيل المضمون عنه ، بل يسأل الضامن الاحالة، ولذا قال في المستمسك : لان الذي يسأل الفعل من غيره غيرفاعل ، بل الفاعل هو المسئول منه الفعل .

أقول : ومايعبر به في العرف احياناً، حيث يقال: ان المضمون عنه احاله الى الضامن من باب التوسعة لاالحقيقة ،كمايقال للمحال عليه عندقبوله الحوالة انه ضمنه .

(ويشترط فيها مضافاً الى البلوغ) لحديث رفع القلم وحجر الغلام، الاان يقال : بكفاية الرشد في الجملة ممايكفي في المعاملات الجزئية ، حيث تقدم كراهة معاملته لابطلانها .

(والعقل) حيث لاتشمل الادلة مسلوب العقل، والادواري انماتصح معاملاته حال افاقته.

(والاختيار) اذلاتصح معاملة المكره ، وان كان ربما يستشكل في اشتراط

وعدم السفه فى الثلاثة من المحيل والمحتال والمحال عليه وعدم الحجر بالسفه فى المحتال والمحال عليه

اختيار المحال عليه المديون للمحيل اذا احال عليه بمثل مايطلبه، لانالحوالة مثل ان يرسل وكيله الى المديون لقبض دينه فلايحق للمديون انيقول: لاأسلم الدين الاالى الدائن نفسه .

نعم ، اذا كانت الحوالة على برىء أو بغير الجنس الذي كان مديوناً فيه اشترط رضاه، لان كرهه خلاف دليل سلطنة الناس على أموالهم، وهو مديون بشيء فمبادلته بشيء آخر – في الحوالة عليه بغير الجنس – مبادلة، وفى المبادلة يعتبر رضى الطرفين .

(وعدم السفه) لان السفيه ممنوع من التصرف في ماله ، وكل من الثلاثة متصرف فى ماله (فى الثلاثة من المحيل والمحتال والمحال عليه) .

ومنه يعلم انـه قوله : (وعدم الحجر بالسفه) من غلط النساخ ، والصحيح بالفلس ، كما نبه عليه السادة الوالد والحكيم والبروجردي وغيرهم .

(فى المحتال والمحال عليه) فان المحتال اذا كان محجوراً لم يحق له نقل ماله على المحيل الى المحال عليه، لانه تصرف فى ماله والمحال عليه اذا كان محجوراً لم يحق له ان ينقل ماعليه للمحيل الى ان يكون عليه للمحتال، وقد اشكل على [المحال عليه] المستمسك بقوله : يشكل ذلك بأن قبوله ليس تصرفاً في مالـه الذي هو موضوع حق الغرماء، وانما هو تصرف فى نفسه، وفي ذمته فلامانع منه، نعم هو تصرف مالي فلايجوز من السفيه، ويجوز من المفلس نظير الاقتراض الذى سيذكره – انتهى .

بل والمحيل الا اذا كانت الحوالة على البرىء فانه لابأس به فانه نظير الاقتراض منه أمور :

أحدها : الايجـاب والقبول على ما هو المشهور بينهم حيث عدوها من العقود اللازمة

وحاصله: ان المحال عليه نقل لذمته المشغولة بدين المحيل الى المحتال فصارت مشغولة بدينه، وفيه: ان نوع تصرف مالي، فيشمله دليل الحجر ، كما هو كذلك في السفيه، ولذا سكت على المتن السادة الوالد وابن العم والجمال والبروجردي وجملة آخرون من المعلقين .

(بل والمحيل) لاحاجة الى [بل] وكأنه جاءبه بقصد ماذكره من الاستثناء وذلك لان المحيل المحجور عليه في ماله لايحق له نقل الدين الى ذمة المحال عليه ليكون وفاؤه مما في ذمته فتكون الحوالة تصرفاً في ماله الذي في ذمة المحال عليه وهو متعلق حق الغرماء .

(الا اذاكانت الحوالة على البرىء فانه لابأس به فانه) بناءاً على صحة الحوالة على البرىء يكون (نظير الاقتراض منه) وذلك ليس تصرفاً في ماله .

وعلى هذا ، فلايعتبر عدم الفلس في المحال عليه أيضاً كما نبه عليه السيد البروجردي وغيره .

(امور:) بعضها موردالخلاف وبعضها مورد الاتفاق (أحدها : الايجاب والقبول على ماهو المشهور بينهم) وفي المستمسك: بل الظاهرانه من المسلمات من دون خلاف ولااشكال.

(حيث عدوها من العقود اللازمة) ولذا قال في المسالك : لان الحوالة

فالايجاب من المحيل والقبول من المحتال، وأما المحال عليه فليس من أركان العقد وان اعتبرنا رضاه مطلقاً أو اذا كان بريئاً

عقد لازم من جملة العقود اللازمـة فلايتم الا بايجاب وقبول فالايجـاب من المحيل والقبول من المحتال ويعتبرفيها ما يعتبر في غيرها من اللفظ والمقارنة وغيرهما .

أقول: كونه عقداًيدل عليه ماسيأتي واما كونه لازماً فلانه الاصل في العقود: قال سبحانه : « ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »[1] ولذا كان جواز عقد ما محتاجاً الى دليل مخرج له عن الاطلاقات والعمومات .

(فالايجاب من المحيل والقبول من المحتال) لان المحيل يحيل المحتال لكن ربمـا يقال بصحة العكس بأن يكون الايجاب من المحتـال والقبول من المحيل فيقول المحتال احيل نفسي منك الى مديونك، فيقول: المحيل قبلت، وذلك لانه كالعكس له اعتبار عقلائي، وقد ذكرالمصنف في كتاب النكاح صحة الايجاب من كل من الزوج والزوجة فيكون الاخر قابلا ، والمقام ليس فوق النكاح .

(وأما المحال عليه فليس من أركان العقد وان اعتبرنا رضاه مطلقاً) بريئاً كان أم لا ؟ ـ كمايأتي الكلام في انه هل يعتبررضى المديون للمحيل أم لا ـ؟

(أواذاكان بريئاً) لوضوح انه باطل بدون رضا لان الناس مسلطون على أموالهم وانفسهم، فلايحق للمحيل اشغال ذمة البريء بدون رضاه، وانما لم يكن المحال

---

(١) المائدة الآية ١ .

فان مجرد اشتراط الرضا منه لايدل على كونه طرفاً وركناً للمعاملة ويحتمل أن يقال يعتبر قبوله أيضاً فيكون العقد مركباً من الايجاب والقبولين

عليه من أركان العقد ، وان اشترط رضاه .

(فان مجرد اشتراط الرضا منه لايدل) ولا يلازم ـ لان الكلام في مرحلة الثبوت لاالاثبات كما لايخفى ـ.

(على كونه طرفاً وركناً للمعاملة) فهو كرضى الاب بتزويج بنته البكر على القول بلزوم رضاه ، فان ذلك لايجعل أركان العقد ثلاثة .

(و) لكن مع ذلك (يحتمل أن يقال يعتبر قبوله أيضاً فيكون العقد مركباً من الايجاب والقبولين) أومن ايجابين وقبول وذلك لان المقولة الحقيقية المتقومة بأكثر من طرف قد يكون طرفاه بالتأثير والتأثر مثل الكسر للكوز والانكسار وقد يكون بايجادين يكملان حقيقة واحدة كشقي الباب حيث انهما ايجادان لاتأثير لاحدهما في الاخر .

وكذا الحال اذا كانت الأطراف أكثر من اثنين واذا كانت المقولة الحقيقية هكذا كانت المقولة الاعتبارية كذلك مع وضوح ان الاعتبار أخف مؤنة ، ففي البيع والنكاح مثلا يمكن ايجاب من جانب أحدهما وقبول من الاخر ، ويمكن ايجابان من كل جانب ايجاب ، فالاول يكون من قبيل التأثير والتأثر ، والثاني يكون من قبيل الايجادين ، فهذا يجعل نفسه زوجاً لتلك وتلك تجعل نفسها زوجة لذاك .

وهذا يوصل علاقة ماله بذاك وذاك يوصل علاقة ماله بهذا على نحو عملية

واجدة لها طرفان ، واذا صح ذلك في المقولة الاعتبارية يكون المقام كذلك ايجاب لقبولين، أو ايجابان لقبول واحد، أو ايجابات ثلاثة كان الموجود الاعتباري الذي هو الحوالة يوجد كل واحد من الثلاثة ثلثه ، فقد يفعل هذا الوجود الاعتباري أحدهم ، والآخر ان يقبلانه ، وقد يفعله اثنان والثالث يقبله ، وقد يفعله كل الثلاثة .

ولذا احتمله الجواهر كما يظهر من قوله : لم أجد القول باحتمال اعتباره على وجه القبول بأن يكون هذا العقد مركباً من ايجاب وقبولين وان كان هو مقتضى ماتسمعه من دليلهم .

ثم ان السيدين الوالد والبروجردي قويا احتمال الماتن ، قال الاول : بل هو الاقوى اذا كانت الحوالة على البرئ أو بغير الجنس. وقال الثاني: هذا لايخلو من قوة ، فيما اذا كانت الحوالة على البرئ أو بغير جنس ما على المحال عليه ، نعم لايبعد عدم بطلان الحوالة بالفصل على النحو المتعارف فيها ـ انتهى .

وأراد [ره] بذلك رفع اشكال انه كيف يتأخر القبول من المحال عليه عن ايجاب الحوالة، وهو كذلك لما تقدم من انه أمر عرفي امضاه الشارع، كما ورد في الروايات جملة من صغريات المسألة ، وشملها [أوفوا بالعقود] ونحوه على التقريب الذي ذكرناه في [كتاب الضمان] وغيره من انه يشمل الامر العرفي فيكون ذلك العقد المعروف باسمه ، لانه يجعله عقداً جديداً ، وان قال الماتن والمستمسك في جملة من مسائل المضاربة والمزارعة والمساقاة والضمان بالثاني فراجع .

وعلى مـا ذكروه يشترط فيها ما يشترط فى العقود اللازمة من الموالات بين الايجاب والقبول فلا تصح مع غيبة المحتال أو المحال عليه أو كليهما بأن أوقع الحوالة بالكتابة ولكن الذى يقوى عندى كونها من الايقاع

أمـا قول السيد الجمال في تعليقه على ايجاب وقبولين : أو منحلا الى عقدين فلايخفى مافيه ، اذ هوشيء واحد لاشيئان ، ولذا لم أجده من غيره .

(وعلى ما ذكروه) من ان الحوالة عقد (يشترط فيها ما يشترط في العقود اللازمة من الموالات بين الايجاب والقبول) لكن اللازم القول بذلك بالقدر العرفي لاأكثر ، اذ لا دليل على الاكثر ، وعليه (ف) قوله : (لاتصح مـع غيبة المحتال أوالمحال عليه أو كليهما بأن أوقع الحوالة بالكتابة) غيرظاهر الوجه اذ هي حوالة عرفية، فيشملها [أوفوا] .

(و لكن الذي يقوى عندى) خـلافاً للمشهور . بل ظاهرهم التسالم عليه (كونها من الايقاع) وكأنه أراد بذلك التخلص من احتياجها الى قابلين، ومن صحة انفصال القبول عن الايجاب وما أشبه مع انه وقع في الاكثـر اشكالا، حيث ان الفرق بين العقد والايقاع ان الاول اعمال السلطة من نفرين ، بينـما الثاني اعمال السلطة من شخص واحد ، ولذا كان النكاح ، حيـث بحاجة الى اعمال سلطة كل من الزوجين عقداً بينما الطلاق حيث لايحتاج الا الى اعمال سلطة الرجل فقط ايقاعاً ، ولا ينقض ذلك بمثل الخلع حيث يحتاج الى بذل المرأة ، اذ الكلام في ان الايجاد هل يحـتاج الى نفر أو الى نفرين و الخلع

غايةالامر اعتبارالرضا من المحتال أو منه ومن المحال عليه ومجرد هـذا لايصيـره عقداً وذلك لانها

يوجده نفر واحد، وانكان مشروطاً بشيء، وليس الكلام في الشرط، بل الكلام في المقوم، وحالهما كحال الجزء والشرط حيث ان الاول مقوم والثاني خارج لكنه مرتبط، ولذا الذي ذكرناه أشكل غير واحد على المتن فقال السيد الوالد: بل الاقوى كونها عقداً بين اثنين تارة و بيـن ثلاثة اخرى والوجه المذكور ممنوع من وجوه، كما ان الاقوى كون الضمان والوكالة عقداً أيضاً.

وكذا اشكل عليه السادة ابن العم والجمال و البروجردى قال ثالثهم هذا ضعيف جداً، وما استدل به عليه أضعف منه، اذ الوفاء هو تأدية العين الى مالكه والمديون هو السلطان عليها بعد حلوله، وليس لصاحبه الامتناع منه والمحيل لايؤدي ما في ذمته الى مالكه ، بل ينقله الى ذمة اخرى و هو تصرف في ملك الغير، وفي ذمة الغير بلا سلطنة منه عليها ، فلا يصح بدون قبولهما فظهر بهذا احتياج الضمان أيضاً الى القبول ـ انتهى.

ثم انه يظهر مما تقدم، ان ليس مناط الايقاع والعقد كونه تحت سلطان أو سلطانين ـ فقط ـ كما جعله المستمسك المعيار ، بل يحتـاج مع ذلك الى بيان الفارق بين ماكان تحت سلطانين على نحو الجزء الذى يكون عقداً ، أو على نحو الشرط الذى يكون ايقاعاً.

و مما ذكرناه يظهر وجه النظر في استدلال المصنف بقوله : (غاية الامر اعتبار الرضا من المحتال أومنه ومن المحال عليه ومجردهذا لايصيره عقداً)اذ الرضا غير كونه جزءاً الذى هو ميزان العقد (و ذلك) الذى ذكرناه من انـها

نوع من وفاء الدين ، وان كانت توجب انتقال الدين من ذمته الى ذمة المحال عليه والانتقال نوع من الوفاء وهو لايكون عقداً وان احتاج الى الرضا من الاخر ، كما فى الوفاءِ بغير الجنس فانه يعتبر فيه رضى الدائن ومع ذلك ايقاع ومن ذلك يظهر أن الضمان أيضاً من الايقاع

ايقاع (لانها نوع من وفاء الدين) فيه ان نقل المحتال دينه من ذمة الى ذمة اخرى غير الوفاء الذى هو وصول الدين الى الدائن.

نعم، كلاهما يوجبان فراغ ذمة المديون لكن الاشتراك في ذلك لايوجب كون أحدهما كالاخر في كونه ايقاعاً ، ولذا لم يكن وجه ظاهر لقوله : (وان كانت) الحوالة (توجب انتقال الدين من ذمته الى ذمة المحال عليه و الانتقال نوع من الوفاء وهو) أى الوفاء (لا يكون عقداً) لانه تحت سلطة انسان واحد حيث يفرغ المديون ذمته بدون اختيار للدائن، ولذا لا يحق للدائن الامتناع، لكن فيه: ان الانتقال ليس وفاءاً، ولذا يحتاج الى رضى الدائن.

ولذا استدركه بقوله: (وان احتاج الى الرضا من الاخر ، كما في الوفاء بغير الجنس، فانه يعتبر فيه رضى الدائن ومع ذلك ايقاع) لكن فيه: ان الوفاء بغير الجنس معاوضة، فهو عقد وليس بايقاع، ولذا قال المستمسك : فيه منع ظاهر، بل هو نوع من المعاوضة بين الدين والجنس الاخر.

(و من ذلك يظهر أن الضمان أيضاً) ليس (من الايقاع) لانـه يحتاج الى رضى المضمون له وتحت سلطنة كليهما ، لا تحت سلطة واحد ، وليس مثل

فانه نوع من الوفاء وعلى هذا فلا يعتبر فيهما شيء مما يعتبر في العقود اللازمة ويتحققان بالكتابة ونحوها بل يمكن دعوى أن الوكالة أيضاً كذلك كما ان الجعالة كذلك و ان كان يعتبر فيهما الرضى من الطرف الاخر ،

الخلع ـ على ماتقدم ـ (فـ) الاستدلال على كونه ايقاعاً بـ(انه نوع من الوفاء) غير ظاهر الوجه.

(وعلى هذا فـ) اللازم ان (لا) يكونا كالايقاعات بل(يعتبر فيهما) كل(شيء مما يعتبر في العقود اللازمة) أما على قول الماتن فلا يعتبر فيهما شيء مما يعتبر في أى عقد لازماً كان العقد أو جائزاً فتخصيصه [باللازمة] من باب انه محل الكلام.

(و) أما انهما (يتحققان بالكتابة ونحوها) كالاشارة فلانها كافية في كلية العقود، اذ لادليل على اللفظ كما ذكر في باب المعاطاة ولذا قال في المستمسك: لو بنى على المنع في العقود بنى عليه في الايقاع لاشتراكهما في دليله نفياً و اثباتاً .

ومنه يظهر وجه النظر في قوله: (بل يمكن دعوى أن الوكالة أيضاً كذلك) من الايقاع، لان الوكيل يوقعها فليست كالبيع عقداً مما يعطي هذا شيئاً لذاك و ذاك شيئاً لهذا ولا كالنكاح مما يعطي كل نفسه للاخر .

(كما ان الجعالة كذلك) ايقاع (وان كان يعتبر فيهما الرضى من الطرف الاخر) اذ اعتبار الرضا لايوجب كونها عقداً أو جه النظر فيه ان الوكالة و الجعالة تحتاجان

ألا ترى أنه لا فرق بين أن يقول أنت مأذون في بيع داري أو قال أنت وكيل مع أن الاول من الايقاع قطعاً .

الى القبول والقبول غير الرضا وبدون القبول لاتحقق الوكالة والجعالة عرفاً.

ولذا اذا قال له: أنت وكيلي، وقال: لم أقبل لايراه العرف وكيلا، وعليه فاذا أراد من قيل له التصرف بعد رفضه لم يحق له ذلك بخلاف المأذون، فاذا قال له: أنت مأذون في كذا، وقال: لم أقبل لم يرفع ذلك اذن الاذن ولذا قيل في باب الوكالة انها عقد لها آثار عند العرف والمعتبر فيها اضافة مخصوصة بين الوكيل و الموكل من آثارها سلطنة الوكيل على الموكول سلطنة مخصوصة ليست هي في المأذون فيه.

وان شئت قلت: ان الاذن يستند بالاذن وان لم يرض المأذون بينما ليست الوكالة كذلك .

ومن الكلام في الوكالة، يعرف وجه كون الجعالة عقداً ، وليس ايقاعاً و اذناً مجرداً .

وبذلك ظهر ضعف قوله : (ألاترى أنه لافرق بين أن يقول أنت مأذون في بيع داري، أوقال انت وكيل) في ذلك واذلافرق بينهما (مع أن الاول من الايقاع قطعاً) اذ الاذن لايحتاج الى القبول، فان معناه ان تصرفك ليس ممنوعاً من قبلي فهو مربوط بالاذن فقط، كان اللازم ان يكون الثاني ايقاعاً أيضاً، لان المساوي لشيء محكوم بأحكامه ، كما هو بديهي ، وانما ظهر ضعف ذلك ، لان الاذن رخصة، أما الوكالة فهي اعطاء سلطنة، والاول لايحتاج الى القبول، أما الثاني

. . . .

فبحاجة اليه، لانه اذا لم يتحقق الاخذ لم يتحقق الاعطاء، فهو فعل قائم بالطرفين ولذا اختلفت آثارهما .

قال في المستمسك : الفرق بين الامرين ظاهر فان الوكيل كالاصيل ، فالوكيل في وفاء الدين يجب عليه الوفاء مع المطالبة والمأذون في الاداء ليس كذلك وأيضاً فان الوكيل تجوز مطالبته في الوفاء ومخاصمته والمأذون ليس كذلك وأيضاً الوكيل يتمكن من عزل نفسه عن الوكالة فلايكون وكيلا ، والمأذون لايتمكن من عزل نفسه عن الاذن، والوكيل يستطيع ان لايقبل الوكالة ويرد الايجاب فلايكون وكيلا ، والمأذون ليس كذلك والوكالة المعلقة باطلة بخلاف الاذن والوكيل المعزول ينفذ تصرفه قبل بلوغ العزل ، وليس كذلك المأذون، ومن ذلك تتبين ان الوكالة قائمة باختيار الوكيل وتتوقف على قبوله وليس كذلك الاذن ـ انتهى .

أقول : ماذكره من الاثار، وان كانت بعضها محل مناقشة الا ان جملة منها مما دل عليه العقل، وقرره الشرع بالامضاء وبعضها مما دل عليها الشرع بنفسه، وتفصيل الكلام في ذلك في [كتاب الوكالة] .

ولو تنازعا في الاذن والوكالة كان من التداعي، لانه لاأصل في أحدهما ، وان كان الاصل في بعض الاثار يقتضي أثر الوكالة كاصالة عدم جواز التصرف اذا رد ماقال له ـ بدون ان يدرك انه اذن له أو وكله ـ وفي بعض الاثار يقتضي أثر الاذن كاصالة عدم نفوذ التصرف بعد سحب ماأعطى أواذن، وان كان النفوذ مقتضى الدليل اذا كانت وكالة .

الثاني: التنجيز فلا تصح مع التعليق على شرط أو وصف كماهو ظاهر المشهور ولكن الاقوى عدم اعتباره كما مال اليه بعض متأخرى المتأخرين .

وعليه، فلو شك المعطى له بينهما كان عليه ان يرتب الأثر الموافق للاصل، ولزوم التفكيك بين المتلازمين في الاحكام الشرعية غير عزيز كما لايخفى.

(الثاني : التنجيز) ذكره هنا غير واحد ، وسكت عن ذكر هذا الشرط آخرون ، ولعل الساكت هنا اكتفى بذكره في بعض الكتب الاخر ، مثلا : الشرائع والقواعد سكتا عن ذكر هذا الشرط فى الحوالة مع انهما ذكراه في بعض الكتب الاخر ، ولذا أشكل فى هذا الشرط هنا غير واحد ، وان جعله بعضهم أحوط .

(فلاتصح) الحوالة (مع التعليق على شرط أو وصف كما هو ظاهر المشهور) فقد ادعوا الاجماع على عدم صحة التعليق فى العقود والايقاعات ، ولعل الذين لم يذكروه هنا اكتفوا بذكره فى غير المقام .

(ولكن الاقوى عدم اعتباره كما مال اليه بعض متأخري المتأخرين) وهذا هو الاقرب، ولذا سكت عليه ابن العم والبروجردى وغيرهما، وان جعل الاشتراط الوالد أقوى والجمال الصحيح .

وقال المستمسك : العمدة فى اعتباره الاجماع المدعي على اعتباره فى كلية العقود الذى لامجال لرفع اليد عنه بعد دعواه من الاساطين، وتلقى الباقين له بالقبول والا فلم يذكر هذا الشرط هنا في جملة من الكتب .

الثالث : الرضا من المحيل والمحتال بلااشكال وماعن بعضهم من عدم اعتبار رضى المحيل فيما لو تبرع المحال عليه بالوفاء بأن قال للمحتال أحلت بالدين الذى لك على فلان على نفسى وحينئذ فيشترط رضى المحتال والمحال عليه دون المحيل لا وجه له اذ المفروض لايكون من الحوالة بل هو من الضمان

(الثالث: الرضا من المحيل والمحتال بلااشكال) قال في مفتاح الكرامة : انه حكي عليه الاجماع فى التذكرة والمسالك والروضة والمفاتيح والكفاية، ونفى عنه الخلاف فى مجمع البرهان والرياض، وفى الغنية الاجماع على الاول ونفى الخلاف عن الثانى الا من داود ومراده بين المسلمين ، وفى الجواهر الاجماع بقسميه عليه، بل المحكى منه مستفيض أو متواتر.

(وما عن بعضهم من عدم اعتبار رضى المحيل فيما لوتبرع المحال عليه بالوفاء بأن قال للمحتال : أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسى) فانه تصح حوالة ، وان لم يرض المحيل .

(وحينئذ فيشترط رضى المحتال والمحال عليه دون المحيل) وهذا هو المحكى عن التذكرة والمسالك والروضة والحدائق، لكن فى المسالك زيادة فيشترط هنا رضى المحتال والمحال عليه ويقومان بركن العقد بخلاف رضى المحال عليه فيما تقدم لقيام العقد بغيره ـ انتهى .

لكن في صحة كون هذه حوالة (لاوجه له) عند المصنف وآخرين (اذ المفروض لايكون من الحوالة بل هومن الضمان) ولذا قال في الجواهر : فيه

امكان منع صحة هذه الحوالة لعدم اطلاق في نصوص المقام يتناولها و[أوفوا بالعقود] انما يراد منه العقود المتعارفة أي البيع والصلح والحوالة ونحوها فلاشمول فيه للمشكوك فيه من افرادها بعد فرض عدم اطلاق فيها يتناولها ثم استدل بالاجماع على اشتراط رضى المحيل وبالاتفاق على ان المحيل والمحتال من أركان العقد لعدم اختلاف أركان عقد الحوالة ، وأشكل عليه المستمسك بأن التعارف لايقيد الاطلاق ، ولو بني على ذلك لزم تأسيس فقه جديد .

أقول : ماذكره المستمسك تام ، لكن لايكفي في رد الجواهر الابعد اثبات ان هذا القسم حوالة متعارفة، فيشمله دليل الحوالة ـ ان كان هناك اطلاق في دليل الحوالة ـ أو المناط في جزئيات الحوالة الواردة في النصوص ، حيث يفهم منها ان الشارع أمضى الحوالة المتعارفة ، والذي منها مااستثناه الجماعة فهما بالمناط أو يقال كما تقدم مناغير مرة ان الشيء لو كان داخلا في مفهوم عرفي يشمله [أوفوا بالعقود] بذلك العنوان ، لابعنوان عقد جديد ، فاذا قال العرف : انه حوالة وشمله [أوفوا بالعقود] كان حوالة شرعاً أيضاً لاعقداً جديداً ، وحيث يتم الثاني والثالث أي المناط وشمول [أوفوا] لابد من ملاحظة هل ان العرف يراه حوالة أولا ؟ والظاهر العدم ، فلا يقول الدائن : ان لي حوالة ، ولا يقول المحال عليه : ان علي حوالة ، وعليه يتم قول المصنف ولذا سكت عليه كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم ، امثال السادة الوالد وابن العم والبروجردي والجمال وغيرهم .

ومنه يعلم، وجه النظر في اجماع الجواهر واتفاقه الذين استشهد بهما لمطلبه

حيث انه كيف يمكن دعوى الاجماع مع خلاف مثل هؤلاء الاساطين .

وكيف كان فهل ماذكره المصنف من انه ضمان هو الصحيح اوليس ضماناً ايضاً ، بل نوع عقد جديد، كما استظهره المستمسك قائلا : ان ماذكره المصنف يتم اذا كان مفهوم الضمان نقل مافي ذمة الى ذمة كما ذكره الاصحاب .

اما اذ كان التعهد بالدين فهو غير التحويل المذكور ، وان كان التعهد من لوازمه ، وحينئذ لابد من الرجوع في تصحيحه الى عموم الوفاء بالعقود (١) ونحوه وعليه فلايختص بصورة ما اذاكان المحال عليه بريئاً ، بل يجرى في غيره فليس وفاءاً من مال المحيل وانما من مال المحال عليه ويبقى دين المحيل على المحال عليه بحاله ـ انتهى .

أقول: الظاهر كونه ضماناً، لانه هو الذي يفهم العرف فيقال ضمن فلان دين المحال فانه لااعتبار عندهم بالالفاظ، بل بالواقعيات ولذا يلزم والاكان وعداًفقط .

ثم ان كلام المستمسك اخيراً ، وان كان في نفسه صحيحاً الا انه ليس وارداً على التذكرة وغيره ممن شرطوا في صحة هذه الحوالة [المستثناة] صحة الحوالة على من لادين عليه ، اذ مرادهم ان مثل هذه الحوالة خارجة من كيس المحال عليه لاكيس المحيل ، واشتراطهم صحة الحوالة على البرئي ، لافادة ذلك ، لا انه لاتصح مثل هذه الحوالة على المديون ، لوضوح ان وجود الدين على المحال عليه للمحيل ، وعدم وجود الدين ، سواء من هذه الجهة .

وكيف كان فكون ماذكره هو الضمان لاالعقد الجديد هو الظاهر من المعلقين

(١) سورة المائدة : الآية ١ .

وكذا من المحال عليه اذا كان بريئاً أو كانت الحوالة بغير جنس ما عليه

الساكتين على المصنف امثال السادة الوالد وابن العم والجمال والبروجردي وغيرهم .

ومما تقدم يظهر حال ماذا كان المحيل هو المحال او الاجنبي كما اذا قال المحال للمحال عليه : احلت ديني عليك ، فقال : قبلت اوقال الأجنبي للمحال عليه : احلت دين المحال عليك ، فقال: قبلت ، فانهما نوع ضمان، لان المحال عليه قبل بالدين الذي على غيره ، سواء كان لذاك الغير دين على المحال عليه أولم يكن له دين عليه ، والله سبحانه العالم .

(وكذا) يشترط الرضا (من المحال عليه اذا كان بريئاً) قال في مفتاح الكرامة وأما اشتراط رضا المحال عليه فهو المشهور ، كما في المختلف والمهذب البارع والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح وظاهر التذكرة الاجماع عليه ونسبه الى علمائنا في المختلف ، ونسب الخلاف في كشف الرموز الى التقي .

(أو كانت الحوالة بغير جنس ما عليه) نقل في الجواهر عن التنقيح انه قال ان اعتبرنا شغل الذمة والحوالة بمثل ما عليه فلا يشترط رضاه قطعاً وان لم يشترط الشغل ، أو كانت الحوالة بالمخالف فلابد من رضاه قطعاً ، قال: وان كان قد يمنع القطع فيما ذكره أخيراً ، نعم هو كذلك في سابقه ، أي الحوالة على البريء ، بناءاً على صحتها ، كما اعترف به غير واحد من الافاضل .

وأما اذا كانت بمثل ما عليه ففيه خلاف

أقول: وذلك لتسلط الناس على أموالهم وذممهم[(١)] فلا حق لاحد أن يحول على البريء .

نعم، اذا رضى فقد أباح بنفسه التسلط على ذمته وماله ، كما لايحق لاحد ان يبدل ماله بمال غيره الا برضاه فلايحق للمحيل ان يحول المحتال بغير جنس ما على المحال عليه ، فأنه كان مشغول الذمة بشيء خاص فاشتغال ذمته ـ بدون رضاه ـ بجنس آخر خلاف سلطنته فهو كما اذا احال دائنه الذي يطلبه الدنانير الى مديونه الذي يطلبه شياه بأن يأخذ منه شياه بدون رضى المحتال ، فكما انه خلاف دليل سلطنة المحتال ، كذلك اذا احاله على ان يأخذ منه دنانير ، فهو خلاف سلطنة المديون المحال عليه .

(واما اذا كانت) الحوالة (بمثل ماعليه ففيه خلاف) هل يعتبر رضى المحال عليه أم لا ؟ فالمشهور اعتبار رضاه، وعن الاردبيلي لم يظهر فيه مخالف. وعن التذكرة والمختلف الاجماع عليه ، لكن عن أبي الصلاح عدم اعتبار رضاه، وعن المختلف الميل اليه ومر المحكي عن المقتصر والتنقيح وايضاح النافع والمسالك والروضة وغيرهم، فراجع كلماتهم في مفتاح الكرامة والجواهر وغيرهما.

استدل المشهور، بأن الاصل بقاء الحق في ذمة المحيل بعد ان لم يرض المحال عليه بالحوالة، وبأن المتيقن من صحة الحوالة ما اذا كان المحال عليه

---

(١) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٣ .

راضياً وبأن نقل المال من ذمة المحيل الى المحال عليه تابع لرضاه، فانه كيف يتصرف المحيل في ذمة المحال عليه بدون رضاه وبأنه احد من تتم به الحوالة فأشبه المحيل والمحتال في اعتبار رضاه، وبأن الناس متفاوتون في المعاملات والاقتضاء سهولة وصعوبة، وقد لايريد المحال عليه ان يكون طرف المحتال بينماكان راضياً ان يكون طرف المحيل، فهو كما اذا باع زيد داره لعمرو ولم يرد أن يكون القابض لها الا نفس عمرو لا وكيله حيث ان عمرواً لين العريكة حسن الاقتضاء بينما وكيله بذيء اللسان شديد الاقتضاء يكرهه الناس حتى انه اذا كان هو المقتضي للمبيع لم يبعه البائع وبالاجماع المتقدم ـ كما في الجواهر ـ .

واستدل غير المشهور الذين لم يشترطوا رضى المحال عليه باطلاقات الحوالة بأن المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة فلاوجه للاحتياج الى رضى من عليه الحق كما لو وكله في القبض منه كذا في المسالك وبان المحيل قد اقام المحتال مقام نفسه في قبض دينه فلا وجه لاعتبار رضى المقبوض منه ، و بأن الحوالة ايفاء بماله الذى في ذمة المحال عليه، وبان الحوالة بمنزلة توكيل المحال عليه في وفاء دينه.

أقول: قد يكون الوسط وكيلا في قبض حق الاول عن الثالث، وهذا لا يعتبر فيه رضى الثاني، لكنه ليس من الحوالة في شيء، اذ الحوالة عبارة عن نقل مافي ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فتبرء ذمة المحيل، وقد ادعى في المسالك الاتفاق على ان الحوالة نقل مافي ذمة الى ذمة اخرى .

ولايبعد التفصيل بين أن يحوله عليه بما له عليه بأن يقـول : اعطه من الحق الذى لى عليك فلا يعتبر رضاهفانه بمنزلة الوكيل فى وفاء دينه وان كان بنحـو اشتغال ذمته للمحتـال وبراءة ذمة المحيل بمجـرد الحوالة بخلاف ماذا وكله فان ذمة المحيل مشغولة الى حين الاداء

وفي باب الوكالة لايشترط رضى المديون للاصل وغيره مما تقدم فى دليل المشهور وقديكون الوسط محتالا بأن ينقل المحيل مافي ذمته الى ذمة المحال عليه فيبرء ذمة المحيل عن دين المحتال وتبرء ذمة المحال عليه عن دين المحيل وتشتغل ذمة المحال عليه الى دين المحتال، وهذا يلزم فيه رضى المحال عليه لانه تصرف في ذمته من قبل المحيل، وهو خلاف الناس مسلطون على ذممهم ولذاكان مقتضى القاعدة مع المشهور، وقد وافق غالب المعلقـين المشهور، وأن سكت السيد الوالد و بعض آخر على المتـن ، مما يدل على تصديقهم لتفصيل المصنف حيث قال: (ولايبعد التفصيل بين أن يحوله عليه بماله عليه بأن يقول: اعطه من الحق الذى لي عليك فلايعتبر رضاه فأنه بمنزلة الوكيل في وفاء دينه) وحيث يلزم على المديون الوفاء لم يفرق بين ان يؤدى الدين الى الاصيل أوالوكيل فلا حق له في الامتناع.

(وان كان) فرق بين الوكالة والحوالة فالمقام هو (بنحو اشتغال ذمته للمحتال وبراءة ذمة المحيل بمجرد الحوالة) بينما الوكالة ليست كذلك .

ولذا قال: (بخلاف ما اذا وكله فأن ذمة المحيل مشغولة الى حين الاداء)

وبين أن يحوله عليه من غير نظر الى الحق الذى له عليه على نحو الحـوالة على البرىء فيعتبر رضاه لان شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعدة وقد يعلل باختـلاف الناس فى الاقتضاء فلابد من رضاه ولا يخفى

اذ لم ينتقل المال للوسط من ذمة الموكل الى ذمة اخرى (وبين أن يحوله عليه من غير نظر الى الحق الذى له عليه) فيكون المقام (على نحو الحوالة على البريء فيعتبر رضاه لان شغل ذمتـه بغير رضاه على خلاف القاعدة) لكن هذا التفصيل ضعيف، ولذا اشكل عليه السادة ابن العم والجمال والبروجردى.

قال الاول: لايبعد اعتبار رضاه، ولامحصل لهذا التفصيل.

وقال الثاني: الاحوط للمديون قبول الحوالة في هذه الصورة.

وقال الثالث: لامحصل لهذا التفصيل، فانه اذا كان للمحيـل على المحال عليه عشرة دنانير وأحال زيداً عليه بعشرة دنانير فقد احـاله بما يملكه عليه في ذمته، سواء قيده بكونه له في ذمته أو أطلقه.

وقال في المستمسك : ان جعله بمنزلة الوكيل في الاستيـفاء ينافي كون الحوالة نقلا فالمصنف جمع بين دعويين متنافيين.

ثم ان بعض ادلة الطرفين، وان كانت مخدوشة كما لايخفى ، الا انـك قد عرفت ان مقتضى القاعدة مع المشهور .

(وقد يعلل) كلام المشهور كما في المسالك و مفتـاح الكرامة وغيرهما (باختلاف الناس في الاقتضاء فلا بد من رضاه) كما سبق توضيحه (ولا يخفى

ضعفه والا لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنه لااشكال فيه .

الرابع : أن يكون المال المحال به ثابتاً فى ذمة المحيل سواء كان مستقراً أو متزلزلا

ضعفه) اذ ذلك ليس دليلا شرعياً (والا) نقض بموارد كثيرة ، مثلا : (لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنه لااشكال فيه) كما ذكروه في [كتاب الدين] ولزم ان لايصح ارسال الوكيل للاقتضاء ديناً كان أوعيناً ولزم ان لا يصح الامر فيما انتقل حق الاقتضاء الى الوصي، أو الولي، أو المولى عليه، الى غير ذلك مع انه لااشكال لاحد فيها .

(الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمة المحيل) نقل هذا الشرط في مفتاح الكرامة عن المبسوط والشرائع والتذكرة والارشاد والمسالك و مجمع البرهان و المفاتيح والتحرير ، وعن الكفاية نسبته الى الشهرة ، وفى مجمع البرهان نقل عن بعضهم حكاية الاجماع عليه وعن التحرير لو احاله بما يقرضه لم يصح اجماعاً .

(سواء كان مستقراً أو متزلزلا) كما صرح جملة منهم بذلك ، واستدل له بأن موارد الحوالة في الروايات في المال الثابت في الذمة، فالتعدى الى غيره مع عدم العلم بالمناط غير تام ، وبانه مقتضى التحويل عرفاً وهو الذي أمضاه الشارع، اذالحوالة عرفاً نقل مافي ذمة الى ذمة فهويتوقف على وجود شيء في الذمة، وانما عممنا الامرالى المتزلزل، لان التزلزل لايضربالثبوت في الذمة، كما اذا اشترى بالخيار، فان المال ثابت في ذمة المشترى، لكن بتزلزل ، فاذا حول البائع الى مديون له صحت الحوالة .

فلا تصح فى غير الثابت سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل ومال السبق والرماية قبل حصول السبق أو لم يوجد سببه أيضاً كالحوالة بما يستقرضه ، هذاماهو المشهور لكن لايبعد كفاية حصول السبب كما ذكرنا فى الضمان

(فلاتصح في غير الثابت سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل) فان سبب الاستحقاق الجعل ، وقد حصل .

(ومال السبق والرماية قبل حصول السبق) والنصف الثاني من الصداق المتوقف على الدخول وكالجارح انساناً، حيث أشرف على الموت ممايوجب عليه الدية الى غيرذلك .

(أولم يوجد سببه أيضاً كالحوالة بما يستقرضه) أويشتريه أو بمهر بعد ان يتزوج فى المستقبل أوماأشبه ذلك (هذا ماهو المشهور) كما عرفت، بل قدتقدم نقل الاجماع عليه .

قال في مفتاح الكرامة بعد نقل الشهرة عن الكفاية ـ كما تقدم ـ : ولعل نسبته الى الشهرة ، لعدم تعرض جماعة كثيرين له ، ولعل السرفي ذلك ظهوره من كلامهم وتعريفهم الحوالة ، قال : وفي الحدائق حكاية على البت وهو منه عجيب ـ انتهى ولعل المصنف نسبه الى الشهرة لاالاجماع لذلك .

(لكن لايبعد كفاية حصول السبب كما ذكرنا في الضمان) اذ أراد بذلك الحوالة بمعنى الالتزام والتعهد ، كما قاله الوالد في تعليقه حيث قال : لو تم ذلك لكان من باب الالتزام والتعهد لاالحوالة ـ انتهى .

بل لا يبعد الصحة فيما اذا قال : اقرضنى كذا وخـذ عوضه من زيد فرضى، ورضى زيد أيضاً لصدق الحوالة

تم ماذكره، لكنه ليس من هذا الباب، وان أراد الحوالة المصطلحة ذات الاحكام الخاصة فيرد عليه ماذكره غيرواحد من المعلقين كالسادة البروجردى والحكيم والجمال وغيرهم من تقوية قول المشهور لانه اذا لم يكن دين على المحيل لم تتحقق الحوالة العرفية حتى تشملها الادلة الشرعية، اذالحوالة عرفاً عبارة عن نقل المحيل مافي ذمته الى ذمة المحال عليه ، والمفروض انه لادين في المقام فتأمل .

ومنه يعلم حال ، فرضة الثاني الذى عنونه بقوله : (بل لايبعد الصحة فيما اذا قال: اقرضني كذا وخذ عوضه من زيد فرضى) المقرض(ورضي زيد أيضاً لصدق الحوالة) ان أراد صدقها بتوسعة فذلك لايصحح موضوع الحوالة العرفية والشرعية، فهو مثل صدق البيع والتجارة والاشتراء والشراء في قوله سبحانه: «فاستبشروا ببيعكم»[(١)] و «تجارة لن تبور»[(٢)] و « ان الله اشترى »[(٣)] و «الذين يشرون الحياة الدنيا »[(٤)] .

ومثل صدق النكاح في الوطى واللواط بمادون الدبروغير ذلك من الالفاظ الصادقة مجازاً على غير حقائقها المتبادرة منها، وان أراد صدقها حقيقة، ففيه انه اذا

---

(١) التوبة : آية / ١١١ .
(٢) فاطر : آية / ٢٩ .
(٣) التوبة : آية / ١١١ .
(٤) النساء : آية / ٧٤ .

وشمول العمومات فتفرغ ذمة المحيل وتشتغل ذمة المحال عليه بعد العمل وبعد الاقتراض.

الخامس : أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدراً للمحيل والمحتال فلاتصح الحوالة بالمجهول على المشهور للغرر

لم يكن دين لم يصدق حقيقة، ولذا يصح السلب فيقول المحال عليه علينا حوالة اذا تحقق قرضه مثل قوله : [علينا دين] اذا تحقق الزواج من جهة مهر الزوجة الى غير ذلك من الامثلة .

(و) عليه، فلا (شمول) لـ(العمومات) ومنه يعلم ، الحال في التفريع بقوله (فتفرغ ذمة المحيل وتشتغل ذمة المحال عليه بعد العمل) في الجعالة والسبق والرماية (وبعد الاقتراض) فانه اذا كان معنى اقرضني الخ، ان العوض يؤخذ من زيد لم يكن انتقال دين فلا يتحقق التحويل والتحول حتى يصدق الحوالة الا اذا قيل بصحة العقد المعلق، والله سبحانه العالم .

(الخامس : أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدراً) كيفاً وكماً (للمحيل والمحتال فلاتصح الحوالة بالمجهول على المشهور) قال في مفتاح الكرامة : نبه على هذا الشرط المبسوط والخلاف، وبه صرح في الشرائع والتذكرة والارشاد والتحرير، بل قال في الاخير: اجماعاً، وفي مجمع البرهان: لعله لاخلاف في الاشتراط، وفي جامع المقاصد: والكفاية ان المشهور اشتراط علمهم بالقدر .

ثم قال السيد لم نجد المخالف ، وانما احتملت الصحة مع الجهل في

ويمكن أن يقال بصحته اذا كان آئلا ألى العلم كما اذا كان ثابتاً فى دفتره على حد ما مر فى الضمان من صحته مع الجهل بالدين بل لايبعد الجواز مع عدم أوله الى العلم بعدامكان الاخذ بالقدر المتيقن

التذكرة والمسالك ومجمع البرهان احتمالا، الاان نقول: ان الخلاف يفهم من الوسيلة والغنية وغيرهما، حيث لم يذكروا هذا الشرط فيها.

أقول : وعن النهاية الاجماع عليه ، وقد ايد المشهور السيدان ابن العم والجمال، وان سكت على المتن السيدان الوالد والبروجردى ، وكذا اختلف سائر المعلقين بين مؤيد لهم أوله (المغرر) وذلك لما تقدم في جملة من الكتب من ان حديث نفي الغرر(١) مروى عنه صلى الله عليه وآله و سلم بطرقنا وطرقهم والعمل به صحيح، وانكان طريقنا ضعيف السند، فاشكال المستمسك فى المستند محل اشكال .

(ويمكن أن يقال بصحته) اذاكان الجهل لايوجب غرراً عرفياً، اذلاتلازم بين الامرين ، فاذا كان الدين بين دينار ودينار ونصف لايسمى غرراً عرفاً ، وانكانت جهالة ، وكذا اذا لم يعلم ان المن المطلوب هل هو حنطة أو شعير مثلا .

أما ما ذكره المصنف من امكان صحته (اذا كان آئلا ألى العلم كما اذاكان ثابتاً في دفتره) يعرفانه اذاراجعاه (على حد مامرفى الضمان من صحته مع الجهل بالدين) كماً أو كيفاً، لاان يكون أصل الدين وجوداً وعدماً مجهولا، اذ الكلام

---

(١) الوسائل : ج ص ٢٦٦ الباب ١٢ من عقد البيع ح ١٢ .

بل وكذا لو قال كلما شهدت به البينة وثبت خذه من فلان نعم لو كان مبهماً كما اذا قال أحد الدينين الذين لك على خذه من فلان بطل

فى الجهل بهما لابأصله .

(بل لايبعد الجواز مع عدم أوله الى العلم بعدامكان الاخذ بالقدر المتيقن) كما اذا تردد بين الخمسة والعشرة، فان الأصل البرائة من الزائد، أو بعدامكان الوفاء ، كما اذا علم انه يطلب زيداً أو عمرواً ديناراً ، ويطلب الاخر دينارين ، وكلا المحيل والمحال لايعلم قدر طلبه من هذا ومن ذاك ، فاذا احالاه صحت مع الجهل بالقدر وعدم الاول الى العلم .

(بل وكذا لوقال كلما شهدت به البينة وثبت خذه من فلان) الى غير ذلك من الامثلة ففي اطلاقه نظر .

لانــه اذا كان في شيء من ذلك الغرر لم يصح ـ لمــا عرفت ـ وان لم يكن غرر صح و لم يعلم هل ان المصنف لايعتبر عـدم الغرر لضعف سنده أو يعتبر ، ولكن يرى انه لاغرر في امثال المقام ، فان كان الاول ، فقد عرفت مافيه وان كان الثانى ففيه ان الاول لايوجب رفع الغرر حين المعاملة ، وذلك هو المناط والا لصح ان يقول لـه : بعتك ما في هذه الغرفة ـ وكلاهما لايعلم بما فيها ـ لكنهما يعلمان به بعد فتح بابها .

(نعم لو كان مبهماً كما اذا قال أحد الدينين الذين لك علي خذه من فلان بطل) علله في المستمسك بأن المبهم المردد لامطابق له في الخارج اذ كل مافي الخارج

وكذا لو قال خذ شيئاً من دينك من فلان،

متعين غير مردد واذا لم يكن له مطابق في الخارج امتنع ان يثبت له حكم شرعي يترتب عليه عمل، وقد سكت على المتن كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم لكن مقتضى القاعدة الصحة فيما اذا لم يكن غرر عرفاً ، وذلك للمناط في الحوالة الواردة في الروايات وللعمومات بعد ان لم يكن مانع من غرر ونحوه ، كما اذا كان الدائن يطلب زيداً عشرة دنانير ومأة درهم ـ وهما بمعادلان ـ فقال له المدين خذ احدهما من المحال عليه ، فانه لا غرر عرفاً وما استدل به فى المستمسك له اشبه بالامور العقلية، اذ المعيار فى الموضوعات المترتبة عليها الاحكام العرفيات كما قرر فى محله والعرف لا يشك فى ان المولى اذا قال لعبده احد الدارين لك ، اولك حق ان تسافر احد سفرين ، اوتزوج احدى الفتاتين اوماشبه ، لم يكن فيه محذور .

وكذا فى المقام اذا لم يكن دليل خاص او كان غررياً، وكذا فى كل المعاملات والايقاعات ولذا صح مثل ذلك فى باب ابقاء الزوجة فيمن اسلم عن اكثر من اربع ، وفى باب الطلاق ، الى غير ذلك .

(وكذا لوقال خذ شيئاً من دينك من فلان) للابهام الموجب للغرر ، اما اذا كان من قبيل ما لو اوصى بشيء اوجزء أو كثير او ما اشبه كما قالوا فى باب الوصية فمقتضى القاعدة الصحة اذا قلنا انه لا خصوصية لباب الوصية ، والا اشكل للغرر ولذا سكت على المتن كافة المعلقين وقرره المستمسك .

هذا ولو أحال الدينين على نحو الواجب التخييرى أمكن الحكم بصحته لعدم الابهام فيه حينئذ .

(هذا ولو احال الدينين) بأن قال : خذ أحد الدينين (على نحو الواجب التخييري أمكن الحكم بصحته) و ذلك (لـ) عمومات الادلة بعد (عدم الابهام فيه حينئذ) وقد قرره على ذلك السيدان الوالد وابن العم وقال السيد البروجردى فيه تأمل، وقال السيد الجمال: لم يظهر فرق فارق بين هذا وسابقه الذى صرح ببطلانه، والمستمسك قرر الفارق قائلا: يفترق الواجب التخييرى عن المردد ان المردد لايكون موضوعاً لحكم شرعي لعدم المطابق الخارجي له والواجب التخييرى يكون موضوعاً للوجوب التخييرى، وله مطابق خارجي فان الوجوب التخييرى ليس قائماً بالمردد بين الخصال ، وانما قائـم بكل واحدة من الخصال ، لكن قيامه على نحو خاص بحيث يسقط عن الجميع بفعل واحدة من الخصال ، و كذلك الوجوب الكفائي، الى ان قال: فاذا تعلقت الحوالة بالدينين على وجه التخيير اقتضت وفاء المحال عليه لاحدهما على التخيير لاجمعاً، فأذا وفى أحد الدينين بطلت الحوالة بالنسبة الى الاخر ولم تقتض وفائه ـ انتهى .

أقول: في مقام الخارج لايوجد الا الفرد ، وفي مقام الذهن يوجد الفرد المردد ، كما يوجد الجامع بيـن الفردين ، ولابد في الواجب الكفائـي و التخييرى ملاحظة مقام الذهن، وهما سواء من هذه الجهة، فالفرق بين المردد والجامع غير ظاهر الوجه، والقول بأن المردد لاخارج له بخلاف التخييري والكفائي غير تام، فالقول بصحة كليهما هو مقتضى القاعدة.

السادس : تساوى المالين ،أى المحال به والمحال عليه جنساً ونوعاً ووصفاً على ما ذكره جماعة خلافاً لاخرين ، وهذا العنوان وان كان عاماً الا أن مرادهم بقرينة التعليل بقولهم تفصياً من التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به

(السادس: تساوى المالين، أى المحال به والمحال عليه جنساً ونوعاً و وصفاً) مثل كون كليهما حباً وحنطة وبغدادية مع وضوح عدم الحاجة الى ذكر الثلاثة ، ولذا اقتصر في الشرائع الى ذكر الجنس والوصف (على ماذكره جماعة) كالشيخ وابن البراج وابن حمزة (خلافاً لاخرين) كالعلامة والشهيدين

وقال في الشرائع: ويشترط تساوى المالين جنساًووصفاً تفصياً عن التسلط على المحال عليه ، اذ لايجب ان يدفع الامثل ما عليه ، وفيه تردد .

قال فى الجواهر: وجواز دفع شخص من جنس غيره بالتراضي مستقلة، أو وفاء للادلة الخاصة التي لاتشتمل الحوالة قطعاً وأن كان لها حكم الوفاء في بعض الاحوال دون بعض.

(وهذا العنوان) ـ تساوى المالين ـ (و ان كان عاماً) يشمل الحوالة على المديون والحوالة على البريء (الأن مرادهم) خصوص الحوالة على المديون وذلك (بقرينة التعليـل) في كلماتهم لهذا الشرط (بقولهم تفصياً من التسلط) للمحيل والمحتال (على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به) وهو خلاف تسلط المحال عليه على ذمة نفسه.

اذ لا يجب عليه أن يدفع الا مثل ما عليه فيما كانت الحوالة على مشغول الذمة بغير ما هو مشغول الذمة به كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير بأن يدفع بدل الدنانير دراهم

(اذ لا يجب عليه أن يدفع الا مثل ما عليه فيما كانت الحوالة على مشغول الذمة بغير ما هو مشغول الذمة به) [فيما] متعلق [بمرادهم] و[بقرينة ـ الى ـ ما عليه] جملة متعرضة دليلا على مرادهم وانما كان مرادهم ذلك بقرينة قول جماعة منهم كالعلامة في القواعد قال وتصح على من ليس عليه حق أو عليه مخالف على رأي ـ انتهى .

مما يظهر منه ، ان موضع الخلاف كون ما حوله المحيل مخالفاً لما للمحيل على المحال عليه، ومراده [برأي] ما أظهره في مفتاح الكرامة من انه رأي المبسوط في موضع منه والتذكرة والتحرير والحواشي واللمعة والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح .

(كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير بأن يدفع بدل الدنانير دراهم) فالمحتال له على المحيل دراهم ويطلب المحيل من المحال عليه دنانير فيقول المحيل للمحتال : اذهب وخذ دراهمك من المحال عليه ـ والحال ان المحيل لا يطلب من المحال عليه الا الدنانير ـ.

ولا يخفى ان هذا هو محل الكلام ، لا عكسه ، وهو ان يكون التبدل في مال المحتال كان يطلب المحتال من زيد دراهم ، فيقول له : اذهب وخذ عوض دراهمك دنانير اذ الصور المتصورة أربع لانه أما لا تبدل ، او تبدل عند كليهما ـ المحتال والمحال عليه ـ كان يقول لمن يطلبه دنانير : اذهب وخذ دراهم ممن

فلا يشمل ما اذا أحال من له عليه الدراهم على البرىء بأن يدفع الدنانير أو على مشغول الذمة بالدنانير بأن يدفع الدراهم

لي عليه شياه ، أو تبدل عند المحتال فقط ، أو تبدل عند المحال عليه فقط وكلام المصنف هنا في الرابعة .

(فلايشمل) كلامهم (ماذا أحال من له عليه الدراهم على البرىء بأن يدفع الدنانير) فانه خرج بالقيد الاول حيث قال : [على مشغول الذمة] هذا بالاضافة الى انه صار التبديل عندالمحتال ، لاعندالمحال عليه .

(أو على مشغول الذمة بالدنانير بأن يدفع الدراهم) الظاهران في العبارة نوع التواء ، واللازم انتكون هكذا [بأن يأخذ بدلماله غيره] اشارة الى كون التبدل لدي المحتال ، وقدأوجزمفتاح الكرامة معنى كلامهم بقوله : انالحوالة تتصورعلى وجهين :

الاول : ان يكون على المحيل لزيد مثلا دراهم فيحيله على عمروبدنانير ، والحال ان له على عمرو دنانير .

والثاني: ان يحيله على عمرو الذي ليس له عليه الاالدنانير بدراهم، وهذا هوالذي فرضوا النزاع فيه ـ انتهى .

أقول : أما ـ في فرض المفتاح ـ فالظاهرصحته ، لانه اذاتراضى المحيل والمحتال على تحول الدراهم التي للمحتال في ذمة المحيل الى الدنانير وصار الدين دنانيرجاز التحويل حينئذ ، وكان تحويل لماثبت في ذمة المحيل ـ بعد قبول المحتال ـ لكن الكلام في انه هل نفس الحوالة بذلك وقبول المحتال كاف في لزوم هذا التحويل حتى اذا لم يدفع المحال عليه صارطلب المحتال

ولعله لانه وفاء بغيـــر الجنس برضى الدائن فمحل الخلاف ما اذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس والوجه فى عدم الصحة ما اشير اليه من أنه لايجب عليه أن يدفع الا مثل ما عليه

من المحيل غير ما كان طلبه سابقاً أولايلزم هذا التحويل، وانما يكفي لانه عقد عرفاً ، فيشمله [أوفوا بالعقود] أولايلزم لانه لايسمي عقداً .

نعم ، اذا أخذ المحتال من المحال عليه غير طلبه لزم لانه من قبيل المعاطاة، وقد ذهبنا الى لزوم المعاطاة في باب البيع ، خلافاً للمشهور بينهم ، وقد ذهب المستمسك الى اللزوم مع تردد فيه قال : ولعل انشاء الحوالة كاف في حصول هـذا التحول ، ومن الكلام في الصورتين ـ أي كون التبدل لدى المحتال ، أولدى المحال عليه ـ ظهر الكلام في الصورة الثالثة ، وهي ماذا كانت التحول لديهما معاً، فانه يلزم بالنسبة الى المحتال ـ اذا قلنا بكلام المستمسك ـ ولايلزم بالنسبة الى المحال عليه .

(ولعله) أي ما كان التبدل عند المحتال انما لم يكن فيه خلافهم (لانه وفاء بغير الجنس برضى الدائن) حيث ان الدائن المحتال قبل ان يأخذ بدل حقه شيئاً آخر من المحال عليه ، والحق لايعد والمحيل والمحتال .

ثم لايخفى ان قوله : [وفاء] فيه تسامح اذ الحوالة ليست وفاءاً بل هي نقل وتحويل لما في ذمة الى ذمة اخرى ، كما تقدم .

وكيف كان (فمحل الخلاف ماذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس) هل يصح أولايصح ؟ (والوجه في عدم الصحة ما اشير اليه) في قولنا : [تفصيا] (من أنه) المحال عليه (لايجب عليه أن يدفع الا مثل ما عليه) فكيف يلزمه بالحوالة

وأيضاً الحكم على خلاف القاعدة ولا اطلاق فى خصوص الباب ولا سيرة كاشفة والعمومات منصرفة الى العقود المتعارفة ووجه الصحة أن غاية ما يكون أنه مثل الوفاء بغير الجنس ولابأس به ، وهذا هو الاقوى

ان يدفع غيرما عليه ، فانه مستلزم لتسلط المحيل على ذمة المحال عليه ، مع ان المحال عليه هووحده مسلط على ذمته .

(وأيضاً الحكم على خلاف القاعدة) كما ذكره الجواهر ، فان تبدل ما على المحال عليه الى غيره بدون رضاه الاصل عدمه، حتى وان لم تكن قاعدة السلطنة .

(ولا اطلاق في خصوص الباب)باب الحوالة حتى يرفع الاصل (ولاسيرة كاشفة) عن تقرير المعصوم حتى تقوم قبال الاصل (والعمومات) مثل: [أوفوا](١) و نحوه (منصرفة الى العقود المتعارفة) لان الشارع لم يغير العقد الا نادراً ، فالمرجع فيها العرف، وليس هذا يراد بهلزوم ان يكونالعقد في زمانالشارع حتى يرد عليه عدم تمامية ذلك ـ كما تقدم الكلام منافيه ـ بل المراد لزوم ان يكون عرفياً سواء كان قديماً أو حديثاً ، و لذا صححنا عقد التأمين و نحوه .

(و وجه الصحة) لمثل هذه الحوالة بغير الجنس الذي على المحال عليه (أن غاية ما يكون أنه مثل الوفاء بغير الجنس و لابأس به، وهذا هو الاقوى)

---

(١) سورة المائدة / ١ .

ثم لايخفى أن الاشكال انما هو فيما اذا قال : اعط مما لى عليك من الدنانير دراهم بأن أحال عليه بالدراهم من الدنانير التى عليه، وأما اذا أحال عليه بالدراهم من غير نظر الى ما عليه من الدنانير فلا ينبغى الاشكال فيه اذ هو نظير

مع رضى المحال عليه ، كما قيده به السادة الوالد والبروجردي وغيرهما .

وقال في المستمسك : اذ الاشكال المشار اليه في الشرائع لامجال له مع التراضي، لان التسليط يكون بسلطنة ـ انتهى .

لكن ربما يقال : انه بمجرد قبول المحال عليه لم يحصل وفاء فليس الا وعداً منه بالتبديل والوعد ليس واجباً ، فهو كما اذا قال البائع : ائتني أبع لك البضاعة فله ان لايبيع ، و لذا احتاط بعض المعلقين بقلب ما على المحال عليه بناقل شرعى بالجنس ، ثم الحوالة فتأمل .

(ثم لايخفى أن الاشكال انما هو فيما اذا قال : اعط مما لي عليك من الدنانير دراهم ، بأن أحال عليه بالدراهم) مع اعتباران تكون تلك الدراهم (من الدنانير التي عليه) حتى اذا اعطى عشرة دراهم نقص من دين المحال عليه دينار مثلا .

(وأما اذا أحال عليه بالدراهم من غير نظر الى ما عليه من الدنانير) كما اذا نسي المحيل ان له على المحال عليه دنانير ، أو ما أشبه النسيان ، فاحال عليه بدراهم (فلا ينبغي الاشكال فيه) لانه لا تبديل عند المحال عليه(اذ هو نظير

احالة من له الدراهم على البرىء بأن يدفع الدنانير وحينئذ فتفرغ ذمة المحيل من الدراهم وتشتغل ذمة المحال عليه بها وتبقى ذمة المحال عليه مشغولة بالدنانير و تشتغل ذمة المحيل له بالدراهم فيتحاسبان بعد ذلك ولعل الخلاف أيضاً مختص بالصورة الاولى لا ما يشمل هذه الصورة أيضاً ،وعلى هذا فيختص الخلاف بصورة واحدةوهى ما اذا كانت الحوالة على مشغول الذمة بأن يدفع من

احالة من له الدراهم على البرىء بأن يدفع الدنانير) مع رضى المحال عليه- على ما تقدم من الحوالة على البريء- .

(وحينئذ فتفرغ ذمة المحيل من الدراهم وتشتغل ذمة المحال عليه بها) حيث رضى بالحوالة (و تبقى ذمة المحال عليه مشغولة بالدنانير) للمحيل (و تشتغل ذمة المحيل له بالدراهم) حسب الحوالة (فيتحاسبان) المحيل والمحال عليه (بعد ذلك) الاداء ، اذ يطلب أحدهما من الاخر دراهم و الآخر منه دنانير .

(ولعل الخلاف أيضاً) [أيضاً] أي كما ان الدليل للبطلان (مختص بالصورة الاولى) من باب التبديل (لاما يشمل هذه الصورة) - أى ما ذكرناه بقولنا : و أما اذا الخ - (أيضاً) لانها المنصرف من كلماتهم ، حيث يريد المحيل التبديل ، لامثل ما اذا كان حوالة على البرىء .

(وعلى هذا) الذى من [لعل] (فيختص الخلاف بصورة واحدة و هي ما اذا كانت الحوالة على مشغول الذمة) وذلك (بأن) يحوله عليه لكي (يدفع من

طرف ماعليه من الحق بغير جنسه كأن يدفع من الدنانير التى عليه دراهم .

طرف ما عليه من الحق بغير جنسه كأن يدفع من الدنانير التي عليه دراهم) وحيث يأتي في المسألة الاتية أقسام من الحق الذى عليه من العين والمنفعة و العمل ، لافرق فيما ذكرناه من مورد الاختلاف بين كل الاقسام و التى منها ما اذا اختلف الوصف ، وان اتحد النوع ، كما اذا كان يطلبه حنطة بغدادية فيحول عليه بحنطة بصرية ، و ذلك لان التبديل بينهما أيضاً يحتاج الى رضى الطرفين المحيل والمحال عليه ، أوالمحتال والمحال عليه .

مسألة ـ ١ ـ لا فرق فى المال المحال به أن يكون عيناً فى الذمة أو منفعة أو عملا لايعتبر فيه المباشرة

(مسألة ـ ١ ـ لافرق في المال المحال به أن يكون عيناً في الذمة) كان يطلبه المحيل مأة دينار (أو منفعة) كخياطة الثوب (أو عملا) كان يخيط ثوباً ، والفرق بين المنفعة والعمل ان المنفعة أثر العمل فقد يطلب المحيل من المحال عليه ان يخيط له ثوباً ، وقد يطلب منه خياطة ثوب ، فالفرق بينهما كالفرق بين الايجاد والموجود .

(لايعتبر فيه المباشرة) اذ لو اعتبر فيه المباشرة على نحو مصب العقد ، أو القيد لم تصح الحوالة ، مثلا : يطلب المحتال من المحيل ان يخيط ثوبه بنفسه ـ بأن وقع بينهما عقد مصبه ذلك، أو مقيد بمباشرة المحيل ـ فانه لايصح حينئذ حوالته ليخيط ثوبه المحال عليه .

نعم ، اذا كان بنحو الشرط من المحتال على المحيل صح للمحتال ان يرفع يده من شرطه ، ويقبل بالحوالة، وكذا في عكس المسألة ، كما اذا طلب المحيل من المحال عليه ان يخيط ثوباً للمحيل ، فان كان بنحو المصب أو القيد لم يصح ان يحول المحيل المحتال ـ بذلك ـ على المحال عليه الا بنحو الحوالة على البرىء ، وان كان بنحو الشرط صح رفع يده عن الشرط وحوالة المحيل المحتال على المحال عليه ، وعليه فقوله : لايعتبر فيه المباشرة ، يراد به ما كان الاعتبار بنحو لايمكن فيه غير المباشرة ، لامطلقاً حتى يشمل مثل المشروط بالمباشرة بعد رفع اليد عن الشرط .

ولو مثل الصلاة والصوم و الحج والزيارة والقراءة سواء كانت على البريء أو على مشغول الذمة بمثلها

(ولو مثل الصلاة والصوم والحج والزيارة والقراءة) مما كان الغرض منه الثواب والاجر الاخروي (سواء كانت على البريء أو على مشغول الذمة بمثلها) لاطلاق الادلة .

قال في الجواهر : بل لايبعد ان لم يكن اجماعاً جواز الحوالة بالاعمال على البريء، أوعلى مشغولة الذمة للمحيل بمثلها، بناءاً على انها بحكم المال بدليل وقوعها ثمناً للمبيع وعوضاً للمخلع ومهراً في النكاح من غير فرق بين كون المراد منها الثواب، أو غيره ، وحينئذ فيصح احالة مشغول الذمة بقراءة القرآن وزيارة، أو صلاة ، أو حج ، أو غيرذلك على بريء ، أو على مشغول الذمة بمثل ذلك، وكذا يصح ضمانه ـ انتهى .

أقول: لااجماع في المسألة كيف ولم يتعرض لها غير واحد ممن وجدتهم من الفقهاء أما المعلقون كالسادة الوالد وابن العم والبروجردي والجمال وغيرهم سكتوا على المتن، وقد ورد جعل سورة من القرآن مهراً كما ذكر في باب النكاح . وقوله : [الثواب وغيره] مراده بالغير ماكان لحاجة ، لا لصرف الثواب ، والا فالثواب ـ أي الامر الاخروي ـ والقربة متلازمان، ومثل هذه الاعمال لابد فيها القربة .

قال في الجواهر: لكنني لم أجد مصرحاً به ، كما انه لم أجد في نصوص الحوالة ماهو صريح فيه، أو ظاهر، بل هو غيرمتعارف .

وأيضاً لافرق بين أن يكون مثلياً كالطعام أو قيمياً كالعبد والثوب والقول بعدم الصحة فى القيمى للجهالة ضعيف والجهالة مرتفعة بالوصف الرافع لها .

أقول : نعم لايأتي هنا جملة من المسائل المتقدمة في المال ، مثل الحوالة بغير الجنس فيما اذاكان يطلبه صلاة فيحوله الى من يطلبه صوماً، الى غيرذلك مثل صحة العبادة على المحال عليه، مثل ان يكون مسلماً في الصلاة والصوم طاهراً ، لامثل الجنب والحائض وهكذا .

(وأيضاً لافرق بين أن يكون مثلياً كالطعام أوقيمياً كالعبد والثوب) فيما لم يكن الثوب مثلياً ، كما صرح بعدم الفرق الشرائع وغيره، وانما لافرق لاطلاق الادلة .

(والقول بعدم الصحة في القيمي) كما عن الشيخ وابن حمزة ، بل نسبه الحدائق الى الشيخ وجماعة (للجهالة) مثلا : لوكان على المحيل شاة فاحالها على المحال عليه يجهل المحال عليه خصوصياتها ممايوجب الغرر، وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر .

(ضعيف و) ذلك لضعف دليله، اذ (الجهالة مرتفعة بالوصف الرافع لها) ممايوجب عدم الغرر عرفاً .

ومنه يعلم ، ان اشكال المستمسك على الاستدلال بأن الجهالة لاتقدح في الحوالة وليس من شرائطها العلم كاشكاله في الجواب غير ظاهر الوجه ، والظاهران التبدل عند المحال، أو المحال عليه جائزفي القيمي ، كما جاز في المثلي ـ على ماتقدم ـ لوحدة الدليل في كليهما ، ومنه يعلم ، صحة الحوالة في المثلي بالقيمة سواء وجد المثلي أولم يوجد فرضاً .

مسألة -٢- اذا تحققت الحوالة برئت ذمة المحيل وان لم يبرئه المحتال والقول بالتوقف على ابرائه ضعيف والخبر الدال على تقييد عدم الرجوع على المحيل بالابراء من المحتال

(مسألة - ٢- اذا تحققت الحوالة برئت ذمة المحيل وان لم يبرئه المحتال) اذا لم يكن المحتال مغروراً، وكان قاصداً الى مثل هذه الحوالة، خلافاً لما اذا غره المحيل بأن أوهمه ان ذمة المحال عليه تشتغل بالاضافة الى ذمة نفسه - كأنه من ضم ذمة الى ذمة - حيث دليل ان المغرور يرجع الى من غر(١) يشمل المحيل حينئذ، كما انه اذا لم يكن غرور، لكن المحتال زعم عدم فراغ ذمة المحيل بالحوالة فقبل على ذلك بحيث كان قاصداً حين عقد الحوالة للحوالة التي هي ضم ذمة الى ذمة لم تصح الحوالة، لان الحوالة الناقلة لم تكن مقصودة للمحتال، والعقود تتبع القصود.

نعم، اذا قلنا في الحوالة بصحتها عند ضم ذمة الى ذمة كما تقدم القول به في الضمان صحت الحوالة المذكورة ولم تبرء ذمة المحيل.

(والقول بالتوقف على ابرائه) كما عن نهاية الشيخ وأبي علي والقاضي والحلبي والمقداد استناداً الى رواية تأتي.

(ضعيف و) ذلك لان (الخبر الدال على تقييد عدم الرجوع على المحيل بالابراء من المحتال) لايمكن العمل به بظاهره، وذلك لابتلائه بالمعارض الاقوى.

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٦٠٣ الباب ١ من أبواب العيوب والتدليس ح ٦ .

المراد منه القبول لا اعتبارها بعده أيضاً

فقد روي زرارة في الصحيح، عن أحدهما عليهما السلام، في الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر، فيقول له الذي احتال: برئت مما لي عليك، فقال عليه السلام: اذا أبرئه فليس له ان يرجع عليه، وان لم يبرئه فله ان يرجع الى الذى احاله.[١]

ويؤيده خبران آخران نقلهما المستدرك عن الدعائم.[٢]

فقد روى، عن أبي جعفر عليه السلام، انه قال: في رجل كانت له على رجل دراهم فاحاله بها على رجل آخر؟ فقال: ان كان حين احاله ابرئه فليس له ان يرجع عليه، وان لم يبرئه فله ان يأخذ أيهما شاء اذا تكفل له المحال عليه.

وعنه عليه السلام، انه قال: اذا كان لرجل على رجل دين وكفل له به رجلان فله ان يأخذ ايهما شاء، فان احاله أحدهما لم يكن له ان يرجع على الثاني اذا أبرأه[٣].

و(المراد منه القبول لااعتبارها) أي الابراء (بعده) بعد القبول (أيضاً) وانما نحمله على هذا المحمل لانه بظاهره معارض باخبار عمل بها المشهور، فاللازم تأويل تلك الصحيحة بمالاينافي الروايات المذكورة، وهناك محامل اخر

---

(١) الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٨ الباب ١١ من أبواب الضمان ح ٢.
(٢) المستدرك: ج ٢ ص ٢٩٨ الباب ٨ من أبواب الضمان ح ٢.
(٣) المستدرك: ج ٢ ص ٤٩٨ الباب ٨ من أبواب الضمان ح ٢.

يأتي ذكرجملة منها .

فقد روى الكليني، عن منصور بن حازم قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يحيل على الرجل بالدراهم أيرجع عليه ؟ قال : لايرجع أبداً الا ان يكون قد أفلس قبل ذلك .[١]

وروي الشيخ عن زرارة مثله، وباسناده عن أبي أيوب الخزاز ، انه سأل أبا عبد الله عليه السلام وذكر مثله .

وعن عقبة بن جعفر، عن أبي الحسن عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي أيرجع الى صاحبه اذا احتال ورضى؟ قال عليه السلام: لا.[٢]

فان هذه الروايات لاجمع عرفي بينهما و بين الصحيحة السابقة ولذا قال في المستمسك : حمل هذه النصوص على صورة الابراء فيكون الجمع من حمل المطلق على المقيد بعيد، فان الاستثناء دليل على كون المتكلم في مقام الحصر ولا سيما، وان اعتبار الابراء بعيد عن المرتكزات العرفية جداً فيكون أولى بالتنبيه عليه من صورة الافلاس ـ انتهى.

ثم انهم حملوا الصحيحة على محامل، اشهرها ما تقدم من المصنف، و قيل بحملها على ما اذا شرط المحيل البرائة حتى وانظهر افلاس المحال عليه

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٨ الباب ١١ من أبواب الضمان ح ١ الفقيه ج ٢ ص ١١ ، ٣١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٩ الباب ١١ من أبواب الضمان ح ٣ والتهذيب ج ٢ ص ٦٦ .

وتشتغل ذمة المحال عليه للمحتال فينتقل الدين الى ذمته وتبرء ذمة لمحال عليه للمحيل ان كانت الحوالة بالمثل بقدر المال المحال به

فانه يبرء بذلك وان ظهر الافلاس ان يقبل المحتال الشرط ويقول: برئت ممالي عليك ، وقيل بحملها على ما اذا ظهر بعد التحويل اعسار المحال عليه فأبرء المحتال المحيل فانه لاحق له في الرجوع بعد ذلك.

قال في الجواهر: بل رد هذا القول ـ مضافاً الى ماذكرنا ـ بالاجماع بقسميه على اقتضاء الحوالة نقل المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ثم ناقش في الاجماع.

ومما تقدم ظهر، انه يلزم ان يؤل قوله عليه السلام فى رواية الدعائم: [فله ان يأخذ أيهما شاء].

أما على ارادة الانضمام، مع القول بصحة ذلك ، وأما على ارادة انه ان قبل رجع الى المحال عليه، وان لم يقبل رجع الى المحيل لكن فى المسالك قال: ان بعض العامة جعل الحوالة كالضمان بمعنى الضم وفساده ظاهر.

(وتشتغل ذمة المحال عليه للمحتال فينتقل الدين الى ذمته) نصاً و اجماعاً على ماعرفت (وتبرء ذمة المحال عليه للمحيل) فيما كان المحال عليه مديوناً للمحيل (ان كانت الحوالة بالمثل بقدر المال المحال به) فاذا كان طلب المحيل مأة وحول اليه مأة برئت ذمة المحال عليه، وان حول عليه تسعين برئت من التسعين وان حول عليه مأة وعشرة برئت من المأة وكان بالنسبة الى العشرة من الحوالة على البرىء، ولا فرق في ان يأخذ المحال عين ماأحيل أوغيره برضاية المحال عليه، وان لم يرض المحيل بالتبديل، لان الامر خرج عن يده.

وتشتغل ذمة المحيل للمحال عليه ان كانت على بريء أو كانت بغير المثل ويتحاسبان بعد ذلك .

وقد روي الشيخ، عن داود بن سرحان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له على رجل دنانير وأحال عليه رجلا بدنانير أيأخذ بها دراهم قال عليه السلام: نعم.(١)

ورواه الصدوق باسناده عن البزنطي كما في الوسائل.(٢)

(وتشتغل ذمة المحيل للمحال عليه ان كانت على بريء) وقبل المحال عليه بلا اشكال ولا خلاف اذا لم يقصد المحيل التبرع، وقبل المحال عليه والا لم تشتغل ذمته، لانه لا دليل اليد ولا الاستهلاك يشمل المقام ـ كما هو واضح ـ (أو كانت بغير المثل) ولم يقصد المبادلة بين ما عليه وبين ما حوله على المحال عليه ، والا فاذا قصد المحيل المبادلة وقبله المحال عليه لم يكن وجه لاشتغال ذمة المحيل ، وقد تقدم الكلام في ذلك في مسألة تبديل الدين، عند المحتال، أوعند المحال عليه.

نعم، اذا كانت الحوالة بغير المثل بدون التبديل عند المحال عليه اشتغلت ذمة المحيل للمحال عليه بمثل ما احال عليه.

(ويتحاسبان بعد ذلك) فاذا طلب من المحال عليه عشرة دنانير وحول عليه تسعين درهماً، وتحاسبا بقي من طلبه عليه دينار اذا كان كل دينار ـ عشرة دراهم ـ مثلا ، وقد تقدم مسألة التحاسب .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٩ الباب ١٢ من أبواب الضمان ح ١ ـ التهذيب ج ٢ ص ٦٦ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٩ الباب ١٢ من أبواب الضمان ذيل الحديث السابق .

ثم ان بعض المعلقين أشكل على المتن بقوله : اشتغـال ذمة المحيل في الحوالة على البريء بمجرد الحوالة محل منع ، والمحقق اشتغـال ذمته بعد اداء المحال عليه كما في الضمان ، و قد مرانه مطابق للقواعد ، وأما الحوالة على المشغول بغير الجنس ، فقد مرمنه [قدس سره] انه وفاء بغير الجنس فلا وجه لاشتغال ذمته لهـ انتهى .

و يرد عليه أولا : ان الحوالة توجب اشتغال ذمة المحال عليه ـ اذا رضى في البريء ـ فصار المحال عليه مديوناً ، وفي قبال صيرورته مديوناً يكـون المحيل مديوناً له فلا شأن للوفاء في اشتغال ذمة المحيل وهذا هو مقتضى اطلاق النص والفتوى حيث قال (ع) [لا] (١) في جواب أيرجع على صاحبه اذا احتال ورضى كما في رواية عقبة المتقدمة و التنظير بالضمان غير ظاهر الوجه ، حيث هناك دليل خاص غير موجود مثله هنا .

و ثانيـاً : قد مر الاشكال على المصنف في جعله الحوالة على المشغول بغيـر الجنس وفاءاً فراجع ، و سيأتي في المسألة العاشرة بعض الكلام فى ذلك ، ولذا سكت على المتن السادة الوالد وابن العم والبروجردي والجمال وغيرهم .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٩ الباب ١١ من أبواب كتاب الضمان ح ٤ .

مسألة ــ ٣ ــ لايجب على المحتال قبول الحوالة وان كانت على مليء .

(مسألة ـ ٣ ـ لايجب على المحتال قبول الحوالة) بلا اشكال ولاخلاف وفي الجواهر الاجماع بقسميه عليه، وعن الخلاف والمبسوط والغينة والتذكرة وغيرها اجماع المسلمين عليه الامن زفر، ويدل عليه انه خلاف سلطنة المحتال على نفسه وماله، كما انه لايجب على المحيل قبوله الاحالة اذا طلب منه الدائن له، لان وجوب القبول خلاف سلطنته .

نعم ، للحاكم الشرعي ـ باعتبار انه الممتنع ـ جبر المحيل على الحوالة ان انحصر وفاء دين المحتال على ذلك ، وان لم يقبل احاله الحاكم بنفسه (وان كانت) الحوالة (على مليء) وينقل عن داود الظاهرى وجوب القبول حينئذ للنبوى : اذا احيل على الملى فليحتل .

وفيه : ان ضعف السند واحتمال ارادة القبول استحباباً ـ مما يؤيده النص والاجماع على العدم ـ مانع عن العمل به .

مسألة ـ ٤ ـ الحوالة لازمة فلايجوز فسخها بالنسبة الى كل من الثلاثة نعم لو كانت على معسر مع جهل المحتال بأعساره يجوز

(مسألة ـ ٤ ـ الحوالة لازمة فلا يجوز فسخها بالنسبة الى كل من الثلاثة) المحيل والمحتال والمحال عليه ، وهذا هو الذى ذكره غير واحد، بل ادعى المختلف وغيره الاجماع عليه .

قال في الجواهر : ان الحوالة من العقود اللازمة ، مضافاً الى النصوص السابقة ، خصوصاً خبر عقبة منها،بل عن الخلاف انه المروى عن أمير المؤمنين عليه السلام ، فما عن أبي حنيفة من ان له الرجوع اذا جحده المحال عليه أو مات مفلساً ،وعن عمرو أبي يوسف ومحمد بن الحسن : اذا أفلس وحجر عليه الحاكم واضح الفساد ، ثم استند الى النص والاجماع واصل اللزوم، و نقل عن سلار جواز الرجوع مع عدم الاخذ لعدم تتمة القبول بدونه ، قال : وهو شاذ نادر واضح الضعف ومعنى عدم جواز الفسخ عدم صحته ، و عدم جواز ترتيب أثر الفسخ اذا فسخ ، فاذا فسخ لم يجز له أخذ الدين من المحيل كما انه اذا أخذه منه كان اللازم على المحال عليه ـ اذا لم يكن بريئاً ـ ان يرد المال على المحيل، لان الحوالة قد بطلت مثل ما اذا لم يسلم أحد المتعاملين المال الى الاخر ، أما اذا كان بريئاً فلا شيء لاحد من المحال عليه والمحيل على الاخر .

(نعم لو كانت) الحوالة (على معسر مع جهل المحتال بأعساره يجوز) له

له الفسخ والرجوع على المحيل

البقاء لانه حقه في البقاء كما يجوز (له الفسخ والرجوع على المحيل) بلا اشكال ولاخلاف .

قال في الجواهر : بلا خلاف أجده فيه ، كما عن الغنية الاعتراف به ، بل في محكى التذكرة نسبته الىعلمائنا والسرائر الى أصحابنا بلعنالخلاف الاجماع عليه .

أقول : يدل عليه بالاضافة الى دليل لاضرر بـالتقريب الذى ذكروه في خيار الغبن روايتا أبي أيوب ومنصور المتقدمتان في المسألة الثانية .

ثم ان مرادهم بـالرجوع على المحيل أعم من تركته بعد موته ، فاذا علم المحتال بالاعسار ، و قد مات المحيل رجع الى تركته و هو مقدم على الارث .

قال سبحانه :«من بعد وصية يوصي بها أو دين»[1] و هل للمحتال ان يرجع في بعض الحوالة دون بعض الظاهر ذلك ، لان المعاملات قابلة للتبعيض ، و هي تعقد غالباً كمعاملات متعددة ولذا قالوا به في مسألة تبعض الصفقة .

نعم ، لكل من المحيلوالمحال عليهـ اذا اشترطرضاهـ ان يفسخالحوالة حينئذ لتبعض الصفقة عليه .

ثم ان المحتال اذا علم باعسار المحال عليه و رجع الى المحيل بطلت

---

(١) النساء : الآية / ١١ .

والمراد من الاعسار أن لايكون له ما يوفي دينه زائداً على مستثنيات الدين

الحوالة ـ كما هو المستفاد من النص والفتوى ـ فليس له ان يرجع الى المحال عليه بعد الرجوع .

نعم ، لو شك في انه هل رجع أم لا ؟ كما اذا نوى في نفسه الرجوع من غير مظهر له كان الاصل بقاء الحوالة .

(و المراد من الاعسار أن لا يكون له ما يوفي دينه زائداً على مستثنيات الدين) واذا تحقق الاعسار أو الفلس كما في الروايات، وكان مع ذلك المحال عليه باذلا بأن يبيع داره مثلا، أو يطلب من غيره اعطائه تبرعاً على المعسر لا ديناً ـ مثلا ـ فهل له الفسخ و الرجوع الى المحيل ؟ احتمالان ، من اطلاق النص وكلماتهم ؛ و من انه لاضرر على المحال حينئذ ، والادلة منصرفة الى صورة عدم البذل ، لكن يأتي عدم فائدة الغنى بعد العسر .

و كيف كان، فقد اختلف عباراتهم في هذا الشرط، قال العلامة في القواعد و علم المحتال باعسار المحال عليه لو كان أو رضاه به شرط اللزوم ، و قال في موضع آخر : ولو ظهر له فقره حالة الحوالة تخير في الفسخ .

وقال في مفتاح الكرامة : فلو كان معسراً واحتال عليه مع جهله باعساره كان له فسخ الحوالة، سواء شرط اليسار، أو اطلق عند علمائنا، كما في التذكرة و نسب في السرائر الى أصحابنا اعتبار الملائة وقت الحوالة ، أو علم المحتال باعساره ، وفي الخلاف الاجماع على الاول وفي الغنية نفي الخلاف عنه .

نعم ، في الشرائع عبر بلفظ الفقر قال : ولو قبل الحوالة جاهلا بحاله ، ثم بان فقره وقت الحوالة كان له الفسخ والعود الى المحيل ، و في الجواهر بلاخلاف أجده فيه .

والظاهر ان كلا الطرفين أرادا شيئاً واحداً ، والذي يفهم من الروايات ولو بمعونة القرينة الخارجية ان المعيار الوفاء وعدمه ، فلو كان مفلساً و يفي لم يكن له الرجوع ، وان كان مفلساً بحيث لا يفي أو معسراً بدون التفليس ولا يفي ، كان له الرجوع فليس المعيار الفلس والعسر والفقر ، أما اذا كان ملياً ولايفي لاحق له للزوم العقد واجبار الحاكم له .

ومنه يعلم، عدم كون المناط الزيادة على مستثنيات الدين وعدمها، وعليه فاذاكان فقيراً شرعاً ، أي لا يملك قوت سنته قوة أوفعلا ، ويملك زائداً على مستثنيات الدين كان للمحتال الفسخ اذا لم يستعد لدفع الحوالة، اذ لا يحق للمحتال جبره ، حيث ان زائده لا يجبر على أخذه منه ، اذ لا يحق للحاكم الجبر الا في الزائد عن مؤنة السنة، وأنما ليس للحاكم الجبر لانه اذا لم يملك قوت السنة قوة وفعلا صدق عليه ذو عسرة ، فيشمله قوله سبحانه: «فنظرة الى ميسرة» .

وعليه، لم يملك الحاكم جبره، فتحصل: ان المحتال ليس له حق الفسخ في صورة ملائة المحال عليه [الا اذا كان البقاء ضرراً ، حيث يماطل فله حق الفسخ بدليل لا ضرر على ما استدلوا به في خيار الغبن] وفي صورة استعداد المحال عليه الدفع ولو كان مفلساً ، بأن يدفع بعد طلبه من متبرع دفعه، اذ

وهو المراد من الفقر في كلام بعضهم ولايعتبر فيه كونه محجوراً والمناط الاعسار واليسار حال الحوالة وتماميتها

الدليل الدال على رجوعه اذا أفلس منصرف عن ذلك.

أما المليء، فان امكن جبره بسبب الحاكم أو التقاص لا يحق له الفسخ والا حق له الفسخ .

ومماتقدم ظهر وجه قول المصنف : (وهو المراد من الفقر في كلام بعضهم) حيث قلنا: [والظاهر ان كلا الطرفين ..] .

(و لا يعتبر فيه كونه محجوراً) اذ ليس المراد بالفلس في الرواية الا الموضوع العرفي ، كما هو المنصرف منه و ما ذكرناه أولى من ما ذكره المستمسك بقوله : لاطلاق النصوص التي أخذ موضوعها المفلس واقعاً في مقام الثبوت فلا يعتبران يكون في مقام الاثبات .

(والمناط الاعسار واليسار حال الحوالة) لقوله عليه السلام: الا ان يكون قد أفلس قبل ذلك.[1]

وفي رواية اخرى: ثم يتغير حال الصيرفي.[2] فالمعيار في اللزوم الاعسار بعد تمام الحوالة، ولذا قال: (وتماميتها) فاذا كان قبل الحوالة معسراً، أوكان حين الحوالة معسراًكان له الفسخ، فانه وان لم يذكر حال الحوالة في الروايات، بل ظاهر الروايات التدافع في ماعسر حال الحوالة.

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٥٨ ـ الباب ١١ ح ١ .
(٢) المصدر : ص ١٥٩ ح ٣ .

ولايعتبر الفور فى جواز الفسخ ومع امكان الاقتراض والبناء عليه

حيث ان قوله في خبر أبي أيوب : [قبل ذلك] يدل على عدم حقه في الفسخ اذا أفلس حال الحوالة ، وقوله في خبر عقبه : [ثم يتغير] يدل على ان التغير بعد الحوالة لايدع مكاناً للفسخ مما يفهم منه ان التغير حال الحوالة يوجب الفسخ، الا ان المتفاهم عرفاً بعد الجمع بينهما انه اذا تمت الحوالة في حال اليسار ، لا حق له في الفسخ ، فالعسر حال الحوالة حاله حال العسر قبل الحوالة .

ولذا قال في المستمسك : ظاهر رواية أبي أيوب اعتبار الافلاس حال الحوالة، والتعبير بذلك مبني على الغالب لندرة المقارنة بينهما حدوثاً، ولو اختلفا في انه هل افتقر قبل الحوالة أو بعدها، فأن كانت حالة سابقة استصحبت، والا فالاصل صحة الحوالة لاصالة اللزوم فالبينة على مدعي الفقر.

(ولا يعتبر الفور في جواز الفسخ) كما اختاره الجواهر وغيره، واستدل له باطلاق النص والفتوى، أما احتمال الفور ، وقد أفتى به محكي الحواشي، فقد يتمسك له بأطلاق اصالة اللزوم والخارج منه بالقطع الفور فيبقى الباقي تحت الاصل ، وقد استدلوا بمثل ذلك في خيارات المعاملات ، وحيث ان تفصيل الكلام في المكاسب فلا داعي الى تكراره هنا.

و مما تقدم ظهر الاشكال في الاستدلال للفور بأنه المتيقن بعد الشك في اطلاق النص، لانه لم يعلم نظره الى هذه الجهة ، بالاضافة الى انه لوشك فى الاطلاق كانت اصالة الاطلاق محكمة كما قرر في محله.

(ومع امكان الاقتراض) للمحال عليه (والبناء عليه) بمالايكون حوالته موجبة

يسقط الخيار للانصراف على اشكال وكذا مع وجود المتبرع .

لغرر المحتال (يسقط الخيار للانصراف) أي انصراف مادل على الخيار لهعن هذه الصورة، خلافاً للجواهر حيث قال : نعم ، الظاهر ثبوت الخيار له، وان بذل المال بقرض ونحوه بل ولو تبرع متبرع عنه للاطلاق .

أقول: ولعله الوجه في قول المصنف: (على اشكال) الا ان الاقرب سقوط الخيار، أماماذكرناه من التقييد فلانه مع الغررلاوجه لسقوط الخيار، وانأمكن الاقتراض وبنى، والسيد الجمال ذهب الى رأي الجواهربينما السادة الوالدوابن العم والبروجردي سكتوا على المتن.

أما قول المستمسك: من أن العمل بأطلاق دليل الخيار المقتضى للتراضي متعين ، وأما دعوى الانصراف فممنـوعة، ولو كان الانصراف موجباً لسقوط الخيار بتـجدد اليسار كان موجباً لثبـوته بتجدد الاعسار وهو خلاف النص فمنشاء الانصراف مخالف للنص ـ انتهى.

فيرد عليه اذا سلم الانصراف هنالم يكن وجه لقياسه بمسألة اخرى بجعل الجميـع من باب واحد مع وجـود الفارق بيـن هذه المسألة ، ومسألة تجدد اليسار أوالاعسار.

(و كذا مع وجود المتبرع) لكون الاقتراض و التبـرع من باب واحد، فالكلام في أحدهما بعينه هو الكلام في الاخر .

ثم أن الفقهاء فرضوا المسألة في ما اذا علم بسبق وتجدد اليسار. قال في القواعد: وهل يتخير لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر اشكال .

قال في مفتاح الكرامة : ينشأ هذا الاشكال من زوال الضرر ومن ثبوت الرجوع قبله فيستصحب ، وهذا هو الاظهر من اطلاق النص والفتوى ، ثم نقله عن جامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والرياض وعلله في الجواهر بتحقق المقتضى له فيستصحب وليست العلة الاعسار مادام ليزول بزواله ودعوى كون المنشأ في ذلك الضرر بحيث يزول بزواله لا شاهد لها، بل الشاهد على خلافها متحقق .

أقول: مقتضى القاعدة ما ذكروه للاطلاق، ولا دليل على ان الضرر علة، بل الغالب ان تكون العلل المذكورة في الادلة حكماً والا فالاحكام جارية من باب ضرب القاعدة، وأن لم توجد تلك العلل وانما لم يأخذ بالاطلاق في فرض المصنف للانصراف، أما كلام الفخر حيث بنى ذلك على كون علل الشرع معرفات أو عللا حقيقية وعلى الثاني: هل الباقي مستغن عن المؤثر أو محتاج فعلى الاولين يثبت الخيار، وعلى الثاني من الثاني يزول.

فلا يخفى ما فيه ، اذ هو خلط بين الادلة اللفظية التي هي المعيار و الاستحسانات العقلية مع أن مبني الفقه الاول فقط، ولذا اشكل عليه المستمسك وغيره، وأن قال في مفتاح الكرامة انه تحقيق قوى.

وقال في الجواهر: انه لابأس به ، وعليه فمع تجدد اليسار يبقى الخيار و مع تجدد الاعسار يبقى اللزوم ، ولو اختلفا فقال : المحتال لي الخيار لتجدد اليسار، وانكره المحال عليه كان القول قوله لاصالة اللزوم.

مسألة ــ ٥ ــ الاقوى جواز الحوالة على البرىء

(مسألة ـ ٥ ـ الاقوى جواز الحوالة على البرىء) كما هو المشهور شهرة عظيمة وعن السرائر الاجماع عليه .

قال في الجواهر : وهو الحجة بعد اطلاق النصوص السابقة، وعموم [أوفوا بالعقود] والسيرة على فعلها بحيث يعلم شرعيتها .

أقول : بل ويدل عليه العقل أيضاً ، حيث انه عمل عقلائي لامانع منه ، وعليه فالادلة الاربعة تقتضي ذلك ، والمراد باطلاق النصوص ماتقدم من اخبار أبي أيوب ومنصور وعقبة ، واحتمال ان لااطلاق لهـا لانها في مقام بيان حكم آخر خلاف المستفاد منها عرفاً ، فهنا دليلان من النص دليل عام، مثل : [أوفوا](1) ودليل خاص ، مثل الروايات ، وقد سبق ان [أوفوا] لايدل على انه عقدما ، بل مايسمى في العرف بشيء يشمله : [أوفوا] بنفس ذلك العنوان ، هذا ومع ذلك فالمنقول عن الشيخ في آخر الباب من المبسوط والقاضي وابن حمزة عـدم صحة الحوالة على البرىء وكأنه لاصالة عدم ترتب الاثر ، وفيه : انه لامجال للاصل بعد الادلة المذكورة .

أما ما في جامع المقاصد من ان مبنى القولين على الخلاف في ان الحوالة اعتياض ، أو استيفاء فعلى الاول لاتجوز ، وعلى الثاني تجوز ، وهو المحكى عن الشهيدين في الحواشي والمسالك .

---

(١) المائدة : آية / ١ .

ولايكون داخلا في الضمان .

ففيه : ماذكره مفتاح الكرامة والجواهر، وتبعهما المستمسك من انها أصل برأسه ، وان لحقها حكم الوفاء في بعض الاحوال والاعتياض في بعض آخر فهي مثل الصلح ، حيث ان لحوق احكام متعددة به لايجعلها من تلك العناوين ذات الاحكام المذكورة .

ولذا قال الشيخ في محكي الخلاف : ان الذي يقتضيه مذهبنا ان نقول انها عقد قائم بنفسه ـ انتهى .

ويؤيد عدم كونها احدها ان المفهوم من الحوالة شيء ، بينما المفهوم من الوفاء والاعتياض شيء آخر، اما ماتقدم من المصنف من انها وفاء ـ كما سبق في الشرط السادس ـ فقد تقدم انه من باب التوسعة في التعبير ، ثم انه قد سبق ان الحوالة على المديون قد ينخرط في ضمن الحوالة على البرىء باعتبار ان المحيل لايريد حوالة المحتال على مايطلب ، بل على غير مايطلب ، ولعل مرادهم هنا الاعم من القسمين عند ذكرهم[البرىء].

(ولايكون داخلا في الضمان) لما عرفت من تعدد المفهوم ، وان جعلها جماعة كالشرائع والقواعد اشبه بالضمان ، بل عن الكاشانى الاظهر انها ضمان والظاهر انهم لاحظوا ان الحوالة خاصة الضمان في انتقال الدين الى ذمة المحال عليه كانتقاله الى ذمة الضامن البرىء .

لكن فيه : ماذكره الجواهر من عدم حصول انشاء ذلك من المحال عليه حتى تكون ضماناً بل اقصاه الرضا بما انشاء المحيل من معنى الحوالة التى

هى حينئذ بمعنى الوفاء باثبات مثل ذلك فى ذمة البرىء اوالاعتياض عنه بذلك وهو معنى غير معنى الضمان ، الى آخره .

وكيف كان ، فاشتراكهما فـى بعض الاثار لايجعلهما شيئاً واحداً ، ولعل الفاضلين عبرا بالاشبه لهذا السبب .

مسألة ـ ٦ ـ يجوز اشتراط خيارالفسخ لكل من الثلاثة .

(مسألة ـ٦ـ يجوز اشتراط خيارالفسخ لكل من الثلاثة) احدهم ، اواثنان منهم ، اوثلاثتهم ،كما ألمع الى ذلك الجواهر ، وقرره كافة المعلقين ، وفى المستمسك : بلااشكال ظاهر عملا بعموم نفوذ الشرط وصحتها .

ومنه يعلم ، صحة جعل احدهم الخيار لاجنبى ،كما اذا قال : انى اقبل الحوالة ، لكن لابى الحق فى فسخها كما ذكروا مثله فى باب المؤامرة ، وفي المقام سائر ماذكروه في باب الخيار من كونه مطلقاً او ذامدة ، الى غيرذلك .

مسألة ـ ٧ ـ يجوز الدور فى الحوالة وكذا يجوز الترامى بتعدد المحال عليه واتحاد المحتال

(مسألة ـ ٧ ـ يجوز الدور في الحوالة) بأن يحيل المحال عليه فى بعض مراتب الحوالة على المحيل الاول ، أو غيرا لاول فيرجع المحتال ، أولا أو وسطاً ، بعد ذلك عليه ، وقد ذكر الدور في الحوالة العلامة وغيره ، بل في الجواهرلم نجد ، خلافاً هنا وان سمعته في الضمان .

أقول: ويدل عليه بالاضافة الى دليل الحوالة عموماً أومناطاً اطلاقاتأدلة العقود بالتقريب الذى ذكرناه غيرمرة من انها تقتضي جريانالاحكام الخاصة بالعقد المذكور عرفاً، لانه عقد جديد، وقد تقدم الاشكال والجواب في باب الضمان عن الضمان الدوري فراجع .

ولذا الذي ذكرناه منعدمالاشكال فيالدور سكت علىالمتن كافةالمعلقين وأيده المستمسك وغيره .

(وكذا يجوز الترامي) كما ذكره الشيخ والفاضلان والشهيدان وغيرهم، بل الظاهر انه لااشكال فيه عندهم ، ولذا أرسلوه أرسال المسلمات والترامي على قسمين : فهو أما (بتعدد المحال عليه واتحاد المحتال) كان يحيل زيد عمرواً على محمد ، ويحيله محمد على علي ، وهكذا فيكون المحتال واحداً والمحيل متعدداً ، ويدل عليه دليل الحوالة والاطلاقات ـ كما تقدم مثله فى الدور ـ .

أو بتعدد المحتال واتحاد المحال عليه .

(أو بتعدد المحتال واتحاد المحال عليه) كان يحيل زيد عمرواً على محمد ويحيل عمرو [المحتال] علياً على محمد، ويحيل علي الحسن على محمد وهكذا فان المحتال تعدد، وان اتحد المحال عليه، والدليل عليه ما تقدم .

ثم ان التعدد في المحتال والمحـال عليه ، قد يكون بالنسبة الى كل مال الحوالة ، وقد يكون بالنسبة الى بعضه ، كما اذا احال المحال عليه ببعض مال الحوالـة ودفع هو البعض الاخر ، وكذا بالنسبة الى تعدد المحتال ، وذلك لاطلاق الادلة .

مسألة ــ ٨ ــ لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمته وكذا لو ضمن عنه ضامن برضى المحتال، وكذا لو تبرع المحيل عنه .

(مسألة ـ ٨ ـ لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمته) اذا أخذه المحتال وذلك لا اشكال فيه ، ولا خلاف على ماوجدت من كلماتهم .

قال في المستمسك : ضرورة جواز التبرع عن الغير في وفاء دينه ، وعدم اعتبار المباشرة فيه عرفاً ، ويقتضيه جواز وفاء الوارث دين المورث ، وما دل على وفاء دين الفقير من الزكاة ، وماورد في وفاء الولد دين والده وانه يكتب بذلك باراً .

أقول : وماورد من وفاء المشترى دين البائع من باب الزكاة التي على البائع، وماورد من قبول الامام السجاد عليه السلام دين اسامة، وغير ذلك من الموارد المتعددة، وقد ذكرنا بعضها في [كتاب الضمان] .

نعم، اذا لم يقبل المحتال ان يأخذه من غير المحال عليه حق له ذلك خصوصاً اذا كانت فيه عليه منة لتسلط الناس على انفسهم، وكذا كل من أراد دفع دين الاخر ولم يقبل المدين ذلك .

(وكذا لو ضمن عنه ضامن برضى المحتال) وقد تقدم في [كتاب الضمان] وجهه ، وكان قوله : [برضى] راجع الى كلتا الجملتين ، لا الجملة المتأخرة فقط .

(وكذا لو تبرع المحيل عنه) لما تقدم من تبرع الاجنبي ، ولو لم يرض

المحال عليه باعطاء المحيل، أو الاجنبي دينه فاعطاه أحدهما وقبله المحتال كان مثل ابراء المحتال له ، حيث ان الابراء لايحتاج الى اجازة المدين ، فان ذمته تبرء وان كره، لان الابراء ايقاع فلايحتاج الى طرف آخر، وقد ألمعنا الى ذلك في [كتاب الضمان] .

قال في مفتاح الكرامة ، وفي جامع المقاصد : ان الترامي وقوع الحوالة من المحال عليه على آخر من غير تقييد بغاية مخصوصة، وفي مجمع البرهان: ان الترامي الى غاية فتأمل ثم قال: وليعلم انه يصح ترامي الكفالة دون دورها لان حضور المكفول يبطل ماتأخر منها.

مسألة ـ ٩ ـ لو أحال عليه فقبل وأدى ثم طالب المحيل بما أداه فادعى أنه كان له عليه مال وأنكر المحال عليه فالقول قوله مع عدم البينة فيحلف على برائته ويطالب عوض ما أداه لاصالة البراءة من شغل ذمته للمحيل

(مسألة ـ ٩ ـ لو أحال عليه فقبل وأدى ثم طالب المحيل بما أداه فادعى) المحيل (أنه كان له عليه) أي على المحال عليه (مال) وانه كان من الحوالة على المديون (وأنكر المحال عليه) انه كان مديوناً ، قال : بل كان من الحوالة على البريء، ولذا اني أطلب من المحيل ماأديته .

(فالقول قوله) أي المحال عليه (مع عدم البينة) للمحيل (فيحلف) المحال عليه (على برائته ويطالب عوض ماأداه) من المحيل وذلك (لأصالة البراءة من شغل ذمته للمحيل) اذ قول المحال عليه ببرائة ذمته موافق للاصل فالبينة على خصمه واليمين عليه، فاذا حلف المحال عليه فهو، وان لم يحلف يبني على ثبوت الامر بمجرد النكول ـ لخصمه ـ أو الاحتياج الى حلف المحيل اليمين المردودة كما فصلناه في [كتاب القضاء] .

وبذلك يظهر، ضعف قول بعض المعلقين من ان كون القول قول المحال عليه انما هو اذا لم يكن المتعارف ـ ولو في نوعه ـ اشتغال ذمة المحال عليه، والا فيقدم قول المحيل لكونه موافقاً للظاهر ـ انتهى .

اذ الظهور لاحجية له في امثال المرافعات .

أما ما في الدعائم ـ كما في كتاب المستدرك باب آداب القاضي ـ عن علي

ودعوى أن الاصل أيضاً عدم اشتغال ذمة المحيل بهذا الاداء مدفوعة بأن الشك في حصول اشتغال ذمته وعدمه مسبب عن الشك في اشتغال ذمة المحال عليه وعدمه

عليه السلام ، انه كتب الى رفاعه لما استقضاه على الاهواز : واقض بالظاهر، وفوض الى العالم، ودع عنك الباطن.(١) فليس المراد الاخذ بالظاهر على خلاف قاعدة البينة على المدعي، واليمين على من انكر ، والالزم اختصاص القاعدة بما لاظاهر وهو خلاف اطلاقها، وخلاف الموارد الجزئية الواردة في الروايات والسيرة المستمرة ، بل المراد الظاهر المدعوم بالدليل مثل سوق المسلم ويد ذي اليد، ومايقتضيه الاقرار ونحو ذلك فليس على القاضي ان يحقق، وان كان كثير من الظواهر المدعومة على خلاف الباطن لوحقق حولها .

(ودعوى ان الاصل ايضاً) في جانب المحيل فيتساقط الاصلان ، اذ هو يقتضي (عدم اشتغال ذمة المحيل بهذا الاداء) فيكون الامر من باب التداعي كما هو كذلك في كل مورد لا اصل في جانب حتى يتحقق المدعي والمنكر ، وفي التداعي يعمل بقاعدة العدل من التنصيف او القرعة .

(مدفوعة بأن) اصل عدم اشتغال ذمة المحيل غير جار ، لان (الشك في حصول اشتغال ذمته وعدمه مسبب عن الشك في اشتغال ذمة المحال عليه وعدمه) فان ذمة المحيل انما تشتغل ـ بمثل ماداه المحال عليه ـ اذا لم تكن ذمة المحال عليه مشغولة للمحيل ، فاذا شك في انه هل اشتغلت ذمة المحيل يلزم ملاحظة :

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ١٩٥ الباب ١ من أبواب أداب القاضي ح ١ .

وبعد جريان اصالة براءة ذمته يرتفع الشك هذا على المختار من صحة الحوالة على البرىء، وأما على القول بعدم صحتها فيقدم قول المحيل لان مرجع الخلاف الى صحة الحوالة وعدمها

هل ان ذمة المحال عليه كانت مشغولة ام لا ؟

فاذا جرى الاصل في ان ذمة المحال عليه لم تكن مشغولة لم يبق مجال لاجراء اصالة عدم اشتغال ذمة المحيل ، بل تشتغل ذمة المحيل ، من جهة انه بأمره أعطى المحال عليه المال للمحتال ، فهو نظير ما اذا اشترى المشترى من البائع ، ثم ادعى انه كان يطلب البائع بمقدار الثمن ، وأنكر البائع فانه لايقبل قول المشترى بطلبه الابالبينة ، فاذا لم تكن له بينة كان البائع منكراً ويحلف ويثبت حقه على المشتري ، فان اصالة براءة المشتري لامجال لها بعد جريان اصالة براءة البائع عن طلب المشترى منه .

وان شئت قلت : ان مجموع [كون المشتري استوفى المبيع ، واصالة براءة ذمة البائع] يوجب كون الحق مع البائع الاذا اقام المشترى دليلا على انه كان يطلب من البائع ، وحيث لادليل له فالحلف على البائع ، وكذا الكلام في المحيل والمحال عليه في المقام .

(وبعد جريان اصالة براءة ذمته) ذمة المحال عليه (يرتفع الشك هذا على المختار من صحة الحوالة على البرىء، وأما على القول بعدم صحتها فيقدم قول المحيل) بأنه كان يطلب المحال عليه بمقدار ماأداه المحال عليه على المحتال (لان مرجع الخلاف) بينهما (الى صحة الحوالة) التي يدعيها المحيل ـ لانه كان يطلب من المحال عليه ـ (وعدمها) الذي يدعيه المحال عليه ، لانه يقول : انه

ومع اعتراف المحال عليه بالحوالة يقدم قول مدعى الصحة وهو المحيل

كان بريئاً ، فلما دفع المال الى المحال عليه طلب بدله من المحيل .

(ومع اعتراف المحال عليه بالحوالة يقدم قول مدعي الصحة وهو المحيل) لاصالة صحة العقد في ماذا شك في صحته وبطلانه ، واذا ثبتت صحة العقد لازم ذلك براءة ذمة المحيل وذلك لاخصية دليل أصل الصحة من أدلة الاصول المقتضية للفساد ، اذ اصل الصحة وضع في محل أصل الفساد ، فاذا لم يقدم أصل الصحة على أصل الفساد كان تشريع أصل الصحة بلامورد .

وبهذا تبين ، ان جعل المحقق والشهيد الثانيين التعارض بين أصل الصحة مع أصل براءة ذمة المحال عليه غير ظاهر الوجه ، ولذا أشكل عليهما مفتاح الكرامة والجواهر وغيرهما بتقديم أصل الصحة على أصل براءة ذمة المحيل ، وقد سكت على المتن جملة من المعلقين كالسيدين الجمال وابن العم ، خلافاً لاخرين ، ومنهم السيدان الوالد والبروجردى ، حيث أشكلا في تقديم قول المحيل ـ بناءاً على عدم صحة الحوالة على البرىء ـ .

وهذا هو الاظهر ، لان المعيار في المرافعات مصب الدعوى ، لامايؤول اليه النزاع على ماذكرناه فى [كتاب القضاء] وألمعنا اليه في [كتاب المضاربة] وغيرها مكرراً ، فان النزاع بين المحيل والمحال عليه في ان المحال عليه هل يطلب المحيل أم لا ؟ المحال عليه يقول : اني دفعت مالا بأمرك الى المحتال ، فاللازم عليك اعطاء بدله، سواء كانت الحوالة صحيحة ، لانها حوالة على المديون، أو باطلة لانها حوالة على البرىء، فان بطلان الحوالة على البرىء لايستلزم عدم مديونية

ودعوى أن تقديم قول مدعى الصحة انما هو اذا كان النزاع بين المتعاقدين وهما فى الحوالة المحيل والمحتال، وأما المحال عليه

المحيل للمحال عليه ، فان من أخذ من غيره مالا بعقد باطل كان مديوناً للمأخوذ منه .

و كذا اذا كانت الحوالة باطلة فقد استوفى المحيل مالا من المحال عليه بسبب المحتال ، فاللازم عليه ان يعطي بدله للمحال عليه الا اذا ثبت ان المحال عليه كان مديوناً له وحيث لا بينة للمحيل يحلف المحال عليه على برائة ذمته من دين للمحيل ، ويستوفى المال من المحيل .

وقد أشكل المستمسك على المتن بصورة اخرى قال : يشكل ما ذكر بأن أصل الصحة وان اقتضى اشتغال ذمة المحال عليه لكن بلحاظ أثر الصحة لا بلحاظ أثر آخر فاذا وقع عقد أو ايقاع من مشكوك البلوغ وكان أصل الصحة يقتضي تحقق البلوغ لم تجز ترتيب آثار البلوغ كلية بل يختص بصحة العقد المذكور.

و كذلك اذا شك في الطهارة بعد الفراغ من الصلاة ، فانه لا يترتب على اصالة صحة الصلاة الا الطهارة من حيث الصلاة الواقعة فلا يجوز له ان يصلي صلاة اخرى بلا طهارة اعتماداً على اصالة صحة الصلاة المثبتة للطهارة فلا تثبت الطهارة بلحاظ سائر آثارها ، كما بنى على ذلك المصنف في مباحث الشك من مباحث الخلل وكذلك غيره ممن سبقه أو لحقه .

(و) الـ (دعوى) التي ذكرها في الجواهر معترضاً على نفسه في اشكاله على المحقق والشهيد الثانيين في كلامهما المتقدم من (أن تقديم قول مدعي الصحة) في صورة تعارض أصلي الصحة، وبرائة المحال عليه (انما هو اذا كان النزاع بين المتعاقدين وهما في الحوالة المحيل و المحتال و أما المحال عليه

فليس طرفاً وان اعتبر رضاه فى صحتها مدفوعة .

أولا : بمنع كونه طرفاً فان الحوالة مركبة من ايجاب وقبولين.

وثانياً : يكفى اعتبار رضاه فى الصحة فى جعل اعترافه بتحقق المعاملة حجة عليه بالحمل على الصحة

فليس طرفاً) للعقد .

(وان اعتبر رضاه في صحتها) على ما تقدم (مدفوعة) بالاضافة الى ان جريان أصل الصحة لايختص بطرف العقد ، بل يجري بـالاضافة الى كل من ابتلى بتلك القضية ، وان لم يكن طرف العقد فلو اختلف رجل وامرأة في صحة عقدهما وبنى على الصحة لم يجز لثالث ان يتزوج بتلك المرأة عملا باصالة انها خلية ، اذ اصل صحة العقد جار بالنسبة الى الثالث أيضاً ، كما انه جار بالنسبة الى نفس الزوجين .

(أولا: بمنع كونه طرفاًفـ) قدتقدم (ان الحوالةمركبة من ايجاب وقبولين) فيقدم قول المحال عليه اذا ادعى الصحة .

(وثانياً : يكفي اعتبار رضاه في الصحة) فانه لولم يرض لم تصح الحوالة ـ وان لم يكن طرفاً في المعاملة ـ(في جعل اعترافه بتحقق المعاملة) الحوالة (حجة عليه بالحمل على الصحة) فهو اذا قال بانه أحيل اليه حملت الحوالة على الصحيح ولازم صحة الحوالة انه كان مديوناً فلا حق له في الرجوع الى المحيل ، وما ذكره المصنف هو مقتضى القاعدة، لاما أشكل عليه المستمسك قائلا: لايتوقف العمل بأصل الصحة على اعترافه ، بل اذا ثبت وجود الحوالة وشك في صحتها

نعم، لولم يعترف بالحوالة بل ادعى أنه أذن له فى أداء دينه يقدم قوله لاصالة البراءة من شغل ذمته فباذنه فى أداءِ دينه له مطالبة عوضه

لزم ترتيب الاثر عليها، وان لم يعترف بها أحد المتنازعين ،فان القاضي الشرعي يجري الاصل المذكور ، ويعمل عليه في تشخيص المدعي والمنكر وترتيب الاحكام ـ انتهى .

اذ يرد عليه ان مدعي الصحة لو لم يكن طرفاً لم يثبت قوله بالصحة ، الصحة المترتبة عليها آثارها ،وان كان رضاه معتبراً فاب البكر المعتبر رضاه في العقد اذا اعترف بالعقد، فهل ينفع ذلك بالنسبة الى الرجل والبنت المنكرين للنكاح ؟

نعم ، ان الاب بنفسه حسب اعترافه لايمكنه اجازة ثانية بالنسبة الى عقدها من رجل آخر لقاعدة اقرار العقلاء على أنفسهم ، وكذا في أمثال ذلك ،فقوله اذا ثبت وجود الحوالة ، غير تام ، اذ من اين ثبت وجود الحوالة .

(نعم لو لم يعترف بالحوالة بل ادعى أنه اذن له في أداء دينه) أو انه أمره حيث قد سبق ان الامر يوجب الضمان لانه نوع استيفاء ، فيشمله : من أتلف ولايتوى ونحوهما .

(يقدم قوله) أي المحال عليه، فاللازم ان يوفي المحيل ما أداه الى المحتال (لاصالة البراءة من شغل ذمته) أي ذمة المحال عليه، اذ الاذن والامر ليسا حوالة حتى تحمل على الصحة ـ وحيث لاتكون الصحة الا بكون المحال عليه مديوناً ـ مما لازمه عدم شغل ذمة المحيل للمحال عليه بوفائه المال الى المحتال .

(فبأذنه) أو أمره (في أداء دينه له مطالبة عوضه) بعد الاداء ، لما عرفت من

ولم يتحقق هنا حوالة بالنسبة اليه حتى تحمل على الصحة وان تحقق بالنسبة الى المحيل والمحتال لاعترافهما بها .

انه نوع استيفاء (ولم يتحقق هنا) في الاذن (حوالة بالنسبة اليه) الى المحـال عليه (حتى تحمل على الصحة) ويكون لازمه عدم اشتغال ذمة المحيل للمحال عليه .

(وان تحقق) عقد الحوالة (بالنسبة الى المحيل والمحتال لاعترافهما بها) فأحكام الحوالة ترتب عليهما دون المحال عليه المنكر لها ، فالمحال عليه هنا حاله حال أب البكر ، فان اعتراف البنت و زوجها بانها عقدا عقداً صحيحاً ، مع انكار الاب الاذن ـ ان قلنا بتوقف النكاح على اذنه ـ لايوجب حجية ذلك الاعتراف على الاب والله سبحانه العالم .

مسألة ــ ١٠ ــ قد يستفاد من عنوان المسألة السابقة حيث قالوا: « لو أحال عليه فقبل وأدى » فجعلوا محل الخلاف ما اذا كان النزاع بعد الاداء أن حال الحوالة حال الضمان فى عدم جواز مطالبة العوض الا بعد الاداءِ فقبله وان جعل الوفاءِ بالنسبة الى المحيل والمحتال، لكن ذمة المحيل لاتشتغل للمحال عليه البرىء الا بعد الاداء

(مسألة ــ ١٠ ــ قد يستفاد من عنوان المسألة السابقة حيث قالوا: «لو أحال عليه فقبل وأدى » فجعلوا محل الخلاف) في ان الحق مع المحيل أو المحال عليه (ما اذا كان النزاع بعد الاداء) لقولهم : [أدى] يستفاد من ذلك (أن حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبة العوض الا بعد الاداء) كما تقدمفي [كتاب الضمان] ان الضامن لايأخذ البدل من المضمون عنه الا بعدأن أداهالى المضمون له .

(فقبله) أي قبل أداء المحال عليه (وان جعل الوفاء بالنسبة الى المحيل و المحتال) فان الحوالة اداء من المحيل للمحتال لفراغ ذمة المحيل بمجرد الحوالة .

(لكن ذمةالمحيل لاتشتغل للمحال عليه البرىء الا بعد الاداء) وانما قال : [البرىء] لانه اذاكانت ذمة المحال عليه مشغولة بدين المحيل، لايكونالمحيل مشغولة ذمته للمحال عليه حتى بعد الاداء.

ثم ان قوله : [قد يستفاد] أراد به قول مثل الشرائع [أدى ثم طالب] والا فجامع المقاصد والمسالك ومفتاح الكرامة والجواهر وآخرون ، قد صرحوا

والاقوى حصول الشغل بالنسبة الى المحيل بمجرد قبول المحال عليه اذكما يحصل به الوفاءِ بالنسبة الى دين المحيل بمجرده فكذا فى حصوله بالنسبة الى دين المحال عليه للمحيل اذا كان مديوناً له

بذلك، مثلا قال أولهم: لايرجع المحال عليه مع براءة ذمته الا بعد الاداء، لان الحوالة حينئذ في معنى الضمان ـ انتهى.

وكذا عبارة غيره، وعللوه بما ذكره من مشابهة الحوالة بالضمان لانهانقل المال من ذمة المحيل الى ذمة البريء ، وقد ورد الدليل في باب الضمان بأنه لاتشتغل ذمة المضمون عنه بالمال الا بعد اداء الضامن، فليكن الحوالةالشبيهة به حكمها حكمه من هذه الجهة، وهذا هو الذي اختاره غالب المعلقين ومنهم السيد الجمال ، خلافاً لجماعة ، حيث سكتوا على المصنف مما يظهر منهم موافقته ومنهم السيدان الوالد وابن العم.

(و الاقوى حصول الشغل بالنسبة الى) ذمة (المحيل بمجرد قبول المحال عليه) البريء ـ لان الكلام فيه كما هو واضح ـ .

(اذكما يحصل به) أي بسبب عقد الحوالة (الوفاء بالنسبة الى دين المحيل بمجرده) من دون الوفاء الخارجي ، فان المحيل اذا احال على البريء برئت ذمته بمجرد الحوالة، لان الدين ينتقل من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ـ فيما اذا قبل المحال عليه ـ فيبرء المحيل من الدين ولذا اذاكان المحال عليه مديوناً للمحيل، يسقط دينه بمجرد الحوالة .

(فكذا في حصوله) أي الوفاء (بالنسبة الى دين المحال عليه للمحيل اذا كان مديوناً له) فقد وفى المحال عليه للمحيل بمجرد الحوالة ، لان ذمته قد

وحصـول شغل ذمة المحيل له اذا كان بريئـاً ، ومقتضى القاعدة فى الضمان أيضاً تحقق شغل المضمون عنه للضامن بمجرد ضمانه الأأن الاجماع وخبر الصلح دلا على التوقف على الاداء فيه

اشتغلت للمحتال فلا شغل لذمته للمحيل .

(وحصول شغل ذمة المحيل له اذا كان بريئاً) والحاصل : ان اموراً ثلاثة تقع بمجرد الحوالة :

الاول: ان المحيل تبرء ذمته من المحتال .

الثاني: ان المحال عليه تبرء ذمته من المحيل - اذاكان مديوناً للمحيل -.

الثالث: ان المحيل تشتغل ذمته للمحال عليه اذاكان المحال عليه بريئاً.

(ومقتضى القاعدة في الضمان أيضاً تحقق شغل) ذمة (المضمون عنه للضامن بمجرد ضمانه) لان الضمان يوجب نقل ذمة المضمون عنه الى الضامن ، فاذا اشتغل الضامن بالدين كان اللازم ان يشتغل المضمون عنه للضامن أيضاً، ولو قبل الوفاء من الضامن ، اذ الاشتغال على الضامن في مقابل الاشتغال له ، والا لزم ان تشتغل ذمة الضامن بدون ان يكون للضامن في قبال شغل ذمته شيء، وذلك خلاف قاعدة المبادلة.

(الا أن الاجـماع) في الضمان (وخبر الصلح) الذي مر هنـاك (دلا على التوقف) توقف اشتغال ذمة المضمون عنـه للضامن (على الاداء) من الضامن للمدين (فيه) أي في الضمان فرفعنا اليد عن القاعدة في باب الضمان كان لاجل

وفى المقام لا اجماع ولا خبر بل لم يتعرضوا لهذه المسألة

دليل خاص على خلاف القاعدة.

(و) لكن (في المقام) باب الحوالة (لااجماع) على التوقف (ولا خبر) يدلان على ان الشغل بعد الاداء حتى نرفع اليد عن القاعدة بسببهما.

(بل لم يتعرضوا لهذه المسألة) أصلا، فكيف يكون اجماع في الحوالة كما كان اجماع في الضمان .

أقول: فيه ماعرفت أول المسألة من تعرضهم لها.

ومما تقدم يعلم، وجه النظر في قول جماعة من المعلقين حيث ذكروا أن ذمة المحيل لا تشتغل للمحال عليه الا بعد الاداء اذ به يتحقق استيفائه لماله بأمره وعليه يترتب ان حال الحوالة حال الضمان في بقية الجهات المذكورة في المتن مثل الصلح والابراء والوفاء بالاقل .

أقول : هذا المعلق وغيره استدلوا بأن كون الحوالة كالضمان من باب القاعدة ـ لانهم استدلوا لذلك بقولهم: اذ به ، الخ ـ .

وبعض المعلقين الاخر استدلوا لتساويهما بأن الحوالة ضمان ، ولذا كان لها حكم الضمان .

قال السيد البروجردي : الظاهر ان حكمها حكم الضمان في ذلك ، اذ هي مع براءة المحال عليه ضمان في المعنى ، وان اختلف اللفظ وخصوصية اللفظ لادخل لها فى نظر العرف ، بل الظاهران الابراء والوفاء بالاقل كذلك ـ انتهى .

وعلى هذا فله الرجوع على المحيل ولو قبل الاداء ، بل و كذا لو أبرئه المحتال أو وفاه بالاقل أو صالحه بالاقل فله عوض ما أحاله عليه بتمامه مطلقاً اذا كان بريئاً .

وفيها ما لايخفي، اذ تخلص المحيل استيفاء لاالاداء، والحوالة غير الضمان مفهوماً ووحدة الحقيقة لاتوجب وحدةالاحكام والافالهبة المعوضة والبيع لهما وحدة الحقيقة وهكذا .

(وعلى هذا) الذي ذكرناه من ان براءة ذمة المحيل عن المحال بمجرد الحوالة ، توجب اشتغال ذمته للمحال عليه بمجردها أيضاً (فله الرجوع على المحيل ولوقبل الاداء) بمجرد الحوالة .

(بل و كذا) له الرجوع (لوأبرئه المحتال أووفاه بالاقل أوصالحه بالاقل) أو نحو ذلك مما يسبب عدم اعطائه له، أواعطائه الاقل ،كما اذا صار المحتال كافراً حربياً، حيث هدر ماله فلم يؤد المحال عليه له شيئاً .

(فله) للمحال عليه (عوض ماأحاله) المحيل (عليه بتمامه مطلقاً) دفع الكل أو البعض، أو لم يدفع شيئاً (اذا كان) المحال عليه (بريئاً) .

وماذكره الماتن هو الذى أيده المستمسك، حيث نقل اشكال بعض الاعاظم على المتن [بان استيفاء مال الغير الموجب لضمانه انمايحصل بالاداءلابمجرد الاشتغال] فقال : ليس الامر كذلك لان الاداء انما يكون لمصلحة المحال عليه لالمصلحة المحيل، فان مصلحة المحيل حصلت بمجرد الحوالة بما كان فراغ ذمته وصلاح حاله والاداء له دخل في فراغ ذمة المحال عليه ولايرتبط بالمحيل

حتى يكون له استيفاء بالمحيل، الى آخر كلامه .

ومما تقدم ظهر ، عدم الفرق ـ في مال الامر ـ بين الحوالة على البرىء والحوالة على المشغول الذمة، ففي كلتيهما ينتقل الامر من المحيل الى المحال عليه، فان كان مديوناً للمحيل برئت ذمته منه، وان كان بريئاً، اشتغلت ذمة المحيل له، من غير فرق بين ان يدفع المحال عليه المحتال كل الدين أو صالحه أو ابرئه المحتال .

مسألة ـ ١١ ـ اذا أحال السيد بدينه على مكاتبه بمال الكتابة المشروطة أو المطلقة صح ، سواء كان قبل حلول النجم أو بعده لثبوته في ذمته، والقول بعدم صحته قبل الحلول لجواز تعجيز نفسه ضعيف اذ غاية ما يكون كونه متزلزلا فيكون كالحوالة على المشتري بالثمن في زمان الخيار واحتمال عدم اشتغال ذمة العبد لعدم ثبوت ذمة اختيارية له فيكون وجوب الاداء تكليفياً كما ترى .

ثم ان العبد بقبول الحوالة يتحرر لحصول وفاء مال الكتابة بالحوالة ولو لم يحصل الاداء منه فاذا أعتقه المولى قبل الاداء بطل عتقه ، وما عن المسالك من عدم حصول الانعتاق قبل الاداء لان الحوالة ليست في حكم الاداء ، بل في حكم التوكيل .

وعلى هذا اذا اعتقه المولى صح و بطلت الكتابة ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة لانه صار لازماً للمحتال ، ولا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة فيه نظر من وجوه ، وكأن دعواه أن الحوالة ليست في حكم الاداء انما هي بالنظر الى ما مر من دعوى توقف شغل ذمة المحيل للمحال عليه على الاداء ، كما في الضمان فهي وان كان كالاداء بالنسبة الى المحيل والمحتال فبمجردها يحصل الوفاء وتبرء ذمة المحيل ، لكن بالنسبة الى المحال عليه والمحيل

ليس كذلك، وفيه منع التوقف المذكور، كما عرفت فلا فرق بين المقامين فى كون الحوالة كالاداءِ فيتحقق بها الوفاء .

مسألة ــ ١٢ ــ لو باع السيد مكاتبه سلعة فأحاله بثمنها صح لان حاله حال الاحرار من غير فرق بين سيده وغيره، وما عن الشيخ من المنع ضعيف .

مسألة ــ ١٣ ــ لو كان للمكاتب دين على أجنبى فأحال سيده عليه من مال الكتابة صح فيجب عليه تسليمه للسيد ويكون موجباً لانعتاقه سواء أدى المحال عليه المال للسيد أم لا ؟

مسألة ــ ١٤ ــ لو اختلفا فى أن الواقع منهما كانت حوالة أو وكالة فمع عدم البينة يقدم قول منكر الحوالة سواء كان هو المحيل أو المحتال وسواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده

(مسألة - ١٤ - لو اختلفا) المحيل والمحتال (في أن الواقع منهما كانت حوالة أو وكالة) فقال المحيل :كانت وكالة ، فاللازم عليك ان تدفع المال الي وقال المحتال : بل حوالة فالمال صارلي ، اوقال المحيل :كانت حوالة فلاحق لك ايها المحتال علي، لان مافي ذمتي نقلت الى ذمة المحال عليه ، وقال المحتال بل كانت وكالة ، فالمال كان لك ، فمثلا : اذا تلف في يدي ذهب من كيسك لاني أمين ، وقد بقى طلبي عليك ، الى غير ذلك من وجوه نفع مدعي الوكالة أو مدعي الحوالة .

(فمع عدم البينة يقدم قول منكر الحوالة) كما عن المبسوط والتذكرة والتحرير على مانقل عنهم مفتاح الكرامة ونسب الى اولهم انه لاخلاف فيه ، وعلله بأن الاصل عدم الحوالة واستمرار حق القابض على المديون - في مفروض القواعد، حيث قال:ولو لم يتفقا على جريان اللفظ، بل قال المستحق : احلتني وقال المديون : وكلتك في استيفاء ديني صدق المديون .

(سواء كان هو المحيل أو المحتال وسواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده) اشار بذلك الى جماعة منهم ، حيث فرقوا قبل القبض وبعده ، هذا ولكن الاقرب ان المسألة من التداعي ، لان كل واحد منهما يدعي خلاف.

وذلك لاصالة بقاء اشتغال ذمة المحيل للمحتال وبقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل وأصالة عدم ملكية المال المحال به للمحتال

مايدعيه الاخر، وقدذكرنا في[كتاب القضاء] وغيره ان المعيارفي كون الشخص مدعياً أومنكراً مصب الدعوى ، لاالغرض المقصود من التداعي ، لان المصب هو المنصرف من البينة على المدعى، واليمين على من انكر، وهوالذي جرت عليه سيرة القضاة ، فاذا تنازع رجل وامرأة في انهما زوجان أولا؟ وكان غرض المرأة المدعية للزواج تحصيل النفقة فقط ، وغرض الرجل المنكر عدم اعطائها لم يلاحظ القاضي الغرض المقصود بل لاحظ المصب ، وكذا في سائر أمثاله.

وعليه فالمقام من التداعي من غير فرق بين ان يكون الخلاف بين المحيل والمحال عليه كما فى المتن، أوبين المحيل والمحتال ، أوبين المحتال والمحال عليه ، مثلا : يدعى المحال عليه انك كنت وكيلا ، وعزلت بموت الموكل، ويقول المحتال : بل كنت محالا عليك واطلب منك الان ، وان مات المحيل الى غير ذلك من الفوائد في صورة ادعاء المحتال الحوالة والمحال عليه الوكالة أو صورة عكسها .

(و) منه يعلم ، ان قول المصنف بتقديم منكر الحوالة لان (ذلك لاصالة بقاء اشتغال ذمة المحيل للمحتال و) اصالة (بقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل وأصالة عدم ملكية المال المحال به للمحتال) محل منع، ودعوى المبسوط عدم الخلاف بالاضافة الى انه ليس باجماع يرد عليه ظهور الاستناد الى القاعدة المذكورة في ميزان المدعي والمنكر ، لان غير واحد استدلوا لتقديم مدعي

ودعوى

الوكالة بذلك ؛ وقدعرفت الاشكال في الميزان المذكورفلم يصح الاستناد الى عدم الخلاف .

ثم انغالب المعلقين،ومنهم السادة الوالد وابن العم والجمال والبروجردي ذهبوا الى مافي المتن وسكنوا عليه ، الا ان بعضهم ذكر بعض التفاصيل في المسألة، والمستمسك حيث يجعل المعيارفي المدعي والمنكر الغرض المقصود لامصب الدعوى ذهب الى ما ذكره المصنف ، وبعضهم أشكل على عدم فرق المصنف بين قبل القبض وبعده بما لفظه :

لااشكال في جريان الاصول المذكورة قبل القبض .

وأما بعد القبض فلا معنى لبقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل ، لانه على فرض الحوالة تبرء ذمته بمجردها ، وعلى فرض الوكالة تبرء بادائها الى وكيل المحيل ، والمفروض هو العلم بعدم الخروج عنها ، وكذلك ذمة المحيل في الحوالة تبرء بمجردها ، وفي الوكالة بأخذه الوكيل بمقدار ماعليه من المحال عليه عوضاً عن دين المحيل .

نعم ، لوكانت الدعوى الوكالة في أخذ المحال بوكالة المحيل والبقاء عنده امانة فيصح استصحاب اشتغال ذمة المحيل للمحتال واستصحاب عدم انتقال ما أخذه اليه ـ انتهى .

(و) الـ(دعوى) التي ذكرها في الجواهروجهاً لتردد الشرائع ، حيث قال المحقق : اذا قال احلتك عليه فقبض ، وقال المحيل : قصدت الوكالة وقال

أنه اذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكية المحتال فيكون المحيل المنكر للحوالة مدعياً فيكون القول قول المحتال فى هذه الصورة مدفوعة بأن مثل هذه اليد لاتكون امارة على ملكية ذيها فهو نظير ما اذا دفع شخص ماله الى شخص وادعى أنه دفعه أمانة

المحتال : انما أحلتني بماعليك ، فالقول قول المحيل ، لانه أعرف بنيته وفيه تردد .

أما لو لم يقبض الى آخر كلامه ممايدل على ان كلامه السابق كان بعد القبض (أنه اذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكية المحتال فيكون المحيل المنكر للحوالة مدعياً فيكون القول قول المحتال في هذه الصورة) التي كانت الدعوى بعد القبض ، وعليه فاذا قبض البعض كان لكل بعض حكمه ، وان أورث التفكيك بين المتلازمين ، لانه غير عزيز بمقتضى الادلة .

(مدفوعة بأن مثل هذه اليد لاتكون أمارة على ملكية ذيها) وذلك لان النزاع في سبب هذه اليد ، ومادام يكون النزاع هناك لاتحكم اليد لوجود الحاكم على اليد السابق عليها، ولذا اشتهر بينهم ان ذا اليد اذا ادعى الملكية عن سبب معين كان مدعياً، لانه كما في المستمسك: اليد انما تدل على الملكية في الجملة، ولاتدل على السبب المدعى فالمدعي له تخالف دعواه الاصل ـ انتهى. والسبب ان أدلة حجية اليد لاتشمل مثل ذلك .

(فهو نظير ما اذا دفع شخص ماله الى شخص وادعى) الدافع (أنه دفعه أمانة

وقال الاخر دفعتنى هبة أو قرضاً فانه لا يقدم قول ذى اليد هذا كله اذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما ، وأما اذا علم وكان ظاهراً فى الحوالة أو فى الوكالة فهو المتبع

وقال الآخر) القابض (دفعتني هبة أو قرضاً) أواعراضاً عن ماله أو ماأشبه ذلك (فانه لايقدم قول ذي اليد) باعتبار كونه ذا يد، بل اللازم التحالف ، كما نراه من كون المعيار في المنازعات مصب النزاع ، لاملاحظة الغرض ، وجعل النزاع من باب المدعي والمنكر، على مااختاره بعضهم كما تقدم .

وبذلك يظهر ، وجه النظر في قول المستمسك : ان المدار في كون الخصم مدعياً هو الغرض لا مصب الدعوى ، والغرض هو الملكية لا السبب المعين، فالعمدة في عدم حجية اليد في المقام عدم الدليل على حجية اليد،لان أدلة الحجية منزلة على الارتكاز العقلائي وهو يختص بغير هذه الصورة .

(هذا كله اذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما) عند العقد ولم يكن الى العلم به سبيل، اذ اللازم في المرافعات فحص الحاكم عما له مدخلية في احقاق الحق لانه الموضوع لذلك .

(وأما اذا علم) اللفظ (وكان ظاهراً في الحوالة أو فى الوكالة فهو المتبع) وان قال أحدهما: انه حين التلفظ لم يرد مفاده، بل أراد غير ظاهره، اذ الانسان مأخوذ بظاهر كلامه، والا لملك كل انسان ان ينكر ان مراده ظاهر لفظه في الاقارير وماأشبه ، مع انه خلاف المتيقن من سيرة المتشرعة التي امضاها الشارع ، حيث لم يردع عنها، فاذا قال له: علي ألف درهم، أوقد طلقت زوجتي، أوانها تطلب النفقة مني أوماأشبه أخذ بظاهر كلامه، ولم يقبل انه أراد غير الظاهر من

ولو علم أنه قال : أحلتك على فلان وقال : قبلت ، ثم اختلفا فى أنه حوالة أو وكالة، فربما يقال : انه يقدم قول مدعى الحوالة

هذه الجمل ، مثل حذف جملة شرطية فى الاول بأن قدر [ان اقرضني] وارادة اعطائها الاختيار والاطلاق في الثاني، وحذف لفظة: [في المستقبل] في الثالث الى غير ذلك .

ولذا قال فى مفتاح الكرامة: لو جرى بين اثنين لفظ الحوالة مع العقد ، فان كان قال له : أحلتك بالمأة التى لك علي على زيد، فهذا لايحتمل الاحقيقة الحوالة، فالقول قول مدعيها قطعاً ، كما فى التذكرة والتحرير ـ انتهى .

فان مراده بلايحتمل، من جهة الظهور لاالنصوصية، ولماذكرناه فى وجه قول المصنف سكت عليه كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم .

(ولوعلم أنه قال: أحلتك على فلان وقال: قبلت، ثم اختلفا فى أنه حوالة أو وكالة ، فربما يقال : انه يقدم قول مدعى الحوالة) كما عن التحرير وجامع المقاصد وتبعهما الجواهر، واستدل له ثانيهما: بمانبه عليه فى محكى التذكرة من ان اللفظ الواقع مجرداً عن القرائين يجب حمله على حقيقته، لان الواجب على المتكلم نصب القرينة اذا أراد المجاز، فالتجرد دليل ارادة الحقيقة والالزم الاغراء بجهل المقصود، والاصل خلافه، فدعواه بعد ذلك مخالفة للاصل، ثم ذكر انه اذا لم يقدم قول مدعي الحوالة لزم القدح فى جميع أبواب البيع والصلح والاقرار والنكاح وغيرها .

أقول: وكأنه أراد ان عدم القدح فيها مقتضى السيرة الواصلة من الشارع فلزم ان يكون المقام كذلك .

لان الظاهر من لفظ أحلت هو الحوالة المصطلحة واستعماله في الوكالة مجاز فيحمل على الحوالة وفيه منع الظهور المذكور، نعم لفظ الحوالة ظاهر في الحوالة المصطلحة، وأما ما يشتق منها كلفظ

والمصنف ذكر نصف الاستدلال ، أي الصغرى ، واحال الكبرى على وضوحها، قال: (لان الظاهر من لفظ أحلت هو الحوالة المصطلحة واستعماله) أى لفظ : أحلت (فى الوكالة مجاز فيحمل على الحوالة) لما تقدم من السيرة ونحوها ومقابل قول من يقول بتقديم قول مدعي الحوالة قول الشيخ في محكى المبسوط وجماعة ـ على مانسبه اليهم المسالك ـ وتبعهم القواعد، فقالوا بتقديم قول المحيل .

واستدل له فى الاخير بأنه اعرف بلفظه وقصده واعتضاده بالاصل من بقاء حق المحيل على المحال عليه، وحق المحتال على المحيل، لكن تردد أخيراً فقال: ويحتمل تصديق المستحق عملا بشهادة اللفظ ، كما ان التردد محكى عن التذكرة والشرائع والكفاية وقد اطال المسالك فى تصحيح كلام الشيخ ورد جامع المقاصد .

ومما تقدم ظهر، ان القائلين بتقديم قول المحيل لم يستشكلوا فى ظهور لفظ: [احلت] بل استشكلوا من جهة الاصل، وانه اعرف بنيته .

فقول المصنف : (وفيه منع الظهور المذكور) محل منع ، ولذا قال ابن العم: لايبعد ظهوره في الحوالة المصطلحة، وقال الوالد: ان [ربما يقال] هو الاظهر، وان سكت على المتن جماعة منهم السيدان البروجردي والجمال .

(نعم لفظ الحوالة ظاهر في الحوالة المصطلحة وأما مايشتق منها كلفظ

أحلت فظهوره فيها ممنوع كما أن لفظ الوصية ظاهر في الوصية المصطلحة وأما لفظ أوصيت أو أوصيك بكذا فليس كذلك

أحلت) واحالة [ولم يرد كل مشتق والايشمل مثل: المحيل، والمحتال، والمحال عليه ، مع وضوح ظهورها في المصطلحة] .

(فظهوره فيها ممنوع) لعدم التلازم بين ظهور المبدء وظهور المشتق ، فهو مثل صحة استعمال أحدهما دون الاخر في بعض المجالات ، مثلا: ورد في القرآن الحكيم: «وعلم آدم الاسماء»(١) و «ام نحن الزارعون»(٢) و «يضل من يشاء»(٣) مع انه لايصح اطلاق المعلم والزارع والمضل ، بالنسبة اليه سبحانه .

أما ماذكره المستمسك على قوله : [ممنوع] بقوله، فيه نظر، لان المشتق تابع للمشتق منه ومشارك له في مادة الاشتقاق، نعم كان الاولى له ان يمنع ان يكون: احلتك، مشتقاً من الحوالة، فلعله مشتق من التحويل، وحينئذ يتخلص من الاشكال المذكور، الى آخر كلامه .

فيرد عليه أولا : ان التبعية في الاشتقاق لايلزم التلازم في الظهور .

وثانياً: ان الحوالة هي الاصل حتى بالنسبة الى التحويل، فلاينفع جعل المشتق منه التحويل .

(كما أن لفظ الوصية ظاهر في الوصية المصطلحة وأما لفظ أوصيت أو أوصيك بكذا فليس كذلك) ولهذا قال سبحانه : « يوصيكم الله في أولادكم »(٤)

---

(١) البقرة : آية / ٣١ .

(٢) الواقعة : آية / ٦٤ .

(٣) الرعد : آية / ٢٧ .

(٤) النساء : آية / ١١ .

فتقديم قول مدعى الحوالة فى الصورة المفروضة محل منع.

واستعملت [وصيتى] في نهج البلاغة في غير المصطلحة، الى غير ذلك .

وكيف كان (فتقديم قول مدعي الحوالة في الصورة المفروضة) فيما قال [أحلتك على فلان] (محل منع) وفي المستمسك : انه هو المتعين .

أقول : في كلام المصنف نظر لعدم تسليم منعه الظهور واذا كان ظاهر أأخذ بالظهور ، الا ان يثبت خلافه لما عرفت من ان ذلك مقتضى السيرة .

و منه يعلم ، ان تجويز المسالك كون لفظ الحوالة مشتركاً بينها و بين الوكالة ، لايصحح كلام الشيخ ، لانه على تقدير تسليم الاشتراك ـ و هو غير قابل للتسليم ـ لاينفع بعد ظهورها في المصطلحة ، فان صرف الاشتراك لغة لايلازم منع الظهور الذى هو المعيار ، والله سبحانه العالم .

مسألة ـ ١٥ ـ اذا أحال البائع من له عليه دين على المشترى بالثمن أو أحال المشترى البائع بالثمن على أجنبى برىء أو مديون للمشترى ثم بان بطلان البيع بطلت الحوالة فى الصورتين لظهور

(مسألة ـ ١٥ ـ اذا أحال البائع من له عليه دين على المشترى بالثمن) الذى يطلبه البائع من المشترى وكذا لو احال المؤجر الذى يطلبه الاجرة دائنه على المستأجر ، الى غير ذلك .

كما لو احالت المرأة دائنها الى زوجها الذى تطلبه المهر (أو أحال المشترى البائع بالثمن على أجنبي برىء أو مديون للمشترى) حيث ان بناء الحوالة في الامثلة المذكورة على صحة البيع والاجارة والنكاح (ثم بان بطلان البيع) وغيره (بطلت) أى ظهر بطلان (الحوالة في الصورتين) المذكورتين في المتن، كما في الشرائع والقواعد والمسالك وجامع المقاصد ومفتاح الكرامة والجواهر وغيرها ، بل عن الفخر الاجماع عليه .

وكذا يظهر بطلان الحوالة في الصور التي ذكرناها ، نعم اذا ظهر بطلان النكاح ، وقد دخل بها من دون علم منها ببطلان النكاح استحقت المهر بسبب الدخول ، و ان لم تستحق بسبب النكاح فلا تبطل الحوالة ، لانها تطلب منه المهر .

أما اذا كانت عالمة بالبطلان ومع ذلك اعطتها نفسها كانت زانية ولا مهر لبغى فتبطل الحوالة أيضاً ، وانما تبطل الحوالة في الصور المذكورة (لظهور

عدم اشتغال ذمة المشترى للبائع ، واللازم اشتغال ذمة المحيل للمحتال وهذا فى الصورة الثانية ، وفى الصورة الاولى ، وان كان المشترى محالا عليه ويجوز الحوالة على البرىء الا أن المفروض ارادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن فى ذمته فهى فى الحقيقة حوالة على ما فى ذمته لا عليه

عدم اشتغال ذمة المشترى للبائع) وعدم اشتغال ذمة المستأجر للمؤجر والرجل للمرأة .

نعم ، اذا استفاد المستأجر من الدار مع بطلان الاجارة كانت الحوالة صحيحة أيضاً ، و كذلك اذا استفاد المشترى من المبيع بيعاً باطلا ، اذ البطلان لايوجب عدم الضمان لقاعدة اليد و الاستيفاء ، فمرادهم صورة عدم الاستيفاء .

(واللازم اشتغال ذمة المحيل للمحتال) كما علل البطلان بهذه العلة غير واحد منهم (وهذا في الصورة الثانية) أى ما ذكره بقوله : أو أحال المشترى الخ .

(وفي الصورة الاولى) ما اذا احال البائع على المشترى (وان كان المشترى محالا عليه ويجوز الحوالة على البرىء) كما اخترناه في بعض المسائل السابقة (الا أن) مقتضى كون العقود تتبع القصود ، ولاقصد للحوالة حقيقة فلا حوالة بالاضافة الى ان (المفروض ارادة) البائع (الحوالة عليه) على المشترى (من حيث ثبوت الثمن فى ذمته) أى ذمة المشترى (فهى في الحقيقة حوالة على ما في ذمته) ذمة المشترى (لاعليه) حتى يكون من الحوالة على البرىء لكن ربما يمنع كلا الاشكالين .

ولا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبل القبض أو بعده فاذا كان بعد القبض ويكون المقبوض باقياً على ملك

أما الاول : فلانه انما تبطل الحوالة اذا كان من قبيل التقييد ، لامن قبيل تخلف الداعى ، و الا لم يكن وجه للبطلان ، كما لاتبطل سائر العقود ، و الايقاعات اذا تخلف الداعى فيها .

وأما الثاني : فلانه لامعنى للحوالة على ما في الذمة، فقد سبق في تعريف الحوالة انها نقل ذمة الى ذمة ، منتهى الامر ان المحال عليه لو كان مشغول الذمة للمحيل كانت الحوالة استيفاءاً من المحيل لدينه بخلاف ما اذا كان المحال عليه بريئاً .

و منه يعلم ، عدم وجه لسكوت جملة من المعلقين أمثال السادة الوالد و البروجردى وابن العم وغيرهم على المتن وان اشكل عليه السيدان الجمال و الحكيم وغيرهما ، قال ثانيهما : فيه ان الحوالة نقل الدين الى ذمة المحال عليه لا الى ما في ذمته .

نعم، قد يلحظ ما فى ذمته قيداً للتحويل ، وقد يلحظ داعياً ، وقد لايلحظ أصلا ، وفى الاول : تبطل الحوالة بفقده لانتفاء المقيد بانتفاء قيده ، ولاتبطل فى الاخيرين لانتفاء المقتضى .

أقول : وقد يكون ما فى ذمته مصباً، وهو مثل القيد فى البطلان اذ لامصب كما تقدمت الاشارة الى ذلك فى بعض المسائل السابقة .

(ولا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبل القبض أو بعده فاذا كان بعد القبض) للمحال من المحال عليه ، (ويكون المقبوض باقياً على ملك

المشترى فله الرجوع به ومع تلفه يرجع على المحتال فى الصورة الاولى وعلى البائع فى الثانية .

المشترى) أى فى الصورة الاولى وعلى ملك البرىء ، أو مديون المشترى فى الثانية ـ كما فى تعليقة الوالد ـ فانه اذا احال المشترى البائع على البرىء يكون المقبوض باقياً على ملك البرىء ، فله الرجوع به ، واذا تلف جاز له الرجوع على كل من المحيل والمحتال ليأخذ بدله .

(فله الرجوع به و مع تلفه يرجع على المحتال) لانه القابض ما ليس له (فى الصورة الاولى وعلى البائع في الثانية) لانه القابض لما ليس له ، ثم من سوق الكلام فى البائع والمشترى تعرف كيفية سوقه فى المؤجر والمستأجر وغيرهما مما المعنا اليه فى أول المسألة ، لوحدة الدليل في الكل ، واذاتلف البعض ، فهل الرجوع بقدر نفس ذلك البعض ، أو بقدر ما تلف عليه ، اذا كانت قيمة البعض تختلف بالانضمام وعدمه كمصراعي الباب والحذاء ؟ المسألة مرتبطة بباب الغصب ولذا فلا حاجة الى اطالة الكلام فيه هنا .

مسألـة ـــ ١٦ ـــ اذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين ثم انفسخ البيع بالاقالة أو بأحد الخيارات فالحوالة صحيحة لوقوعها فى حال اشتغال ذمة المشترى بالثمن فيكون كمالو تصرف أحـد المتبايعين فى ما انتقل اليه ثم حصل الفسخ فان التصرف لا يبطل بفسخ البيع ولا فرق بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده

(مسألة ــ ١٦ ــ اذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين) ذكر في اول المسألة الخامسة عشر .

(ثم انفسخ البيـع بالاقالة أو بأحد الخيارات) حيث اختار من له الخيار الفسخ، ومنه يعلم، حال ما اذا حصل الانفساخ في البعض حيث ان ذلك يؤثر في عدم تمامية كل الحوالة، مثلا: كانت الحوالة بمأة، فاذا بطل نصف البيع أثر في نصف الحوالة (فالحوالة صحيحة) لشمول الادلة لها بدون محذور في بقائها (لوقوعها في حال اشتغال ذمة المشتري بالثمن) نعم، لوكانـت الحوالة مقيدة بالمديونية للمشتري، أو كون ذلك مصباً بطلت لذهاب الحكم بذهاب موضوعه، أوبذهاب قيده.

أما اذاكانت مشروطة حق له الفسخ أخذاً بالشرط(فيكون كما لو تصرف أحد المتبايعين في ما أنتقل اليه ثم حصل الفسخ) البيع بالاقالة أوالخيار (فأن التصرف لايبطل بفسخ البيع) كما قرر في بحث الخيارات.

(ولا فرق بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أوبعده) لان الدليل

فهي تبقى بحالها ويرجع البائع على المشترى بالثمن ، وما عن الشيخ وبعض آخر من الفرق بين الصورتين والحكم بالبطلان فى الصورة الثانية ـ وهى ما اذا أحال المشترى البائع بالثمن على أجنبي ـ لانها تتبع البيع فى هذه الصورة، حيث انها بين المتبايعين بخلاف الصورة الاولى ضعيف

المتقدم في عدم ضرر ذلك بالحوالة شامل لكلتا الصورتين (فهي) أي الحوالة (تبقى بحالها و يرجع البائع) المحيل (على المشترى بالثمن) لان البائع قد قبض الثمن من المحال عليه، فاللازم عليه أن يرد الثمن بعد بطلان البيع.

(و ما عن الشيخ) في المبسوط (و بعض آخر) وهم أصحاب الايضاح و جامع المقاصد ومجمع البرهان على ماحكى عنهم (من الفرق بين الصورتين و الحكم بالبطلان فى الصورة الثانية ـ وهي ما اذا أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي ـ) بل في مفتاح الكرامة: ان البطلان هو مذهب كل من قال ان الحوالة استيفاء (لانها تتبع البيع في هذه الصورة ، حيث انها بين المتبايعين) فاذا بطل البيع بطلت الحوالة .

(بخلاف الصورة الاولى) وهي ماإذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن فانها لا تبطل (ضعيف) لعدم الفارق بين الصورتين فاللازم أما بطلان الحوالة فيهما أو صحة الحوالة فيهما لان الحوالة في الصورة الاولى وقعت من البائع على الثمن، وفى الصورة الثانية وقعت من المشتري بالثمن فان كان بطلان الثمن لفسخ المعاملة موجباً لبطلان الحوالة لزم بطلانها في كلتا الصورتين وان لم

والتبعية فى الفسخ وعدمه ممنوعة

يكن بطلان الثمن موجباً لبطلان الحوالة لم تبطل الحوالة في كلتاالصورتين.

وكأنه لذا تردد المحقق في الشرائع والعلامة في الارشاد في البـطلان و نقل مفتاح الكرامة التردد عن التحرير والتذكرة وغاية المراد والمسالك.

(والتبعية) أى تبعيةالحوالة للبيع(في الفسخوعدمه) فاذا فسخ البيع بطلت الحوالة وان بقى البيع بقيت الحوالة (ممنوعة) اذ الحوالة تكون على الذمة لاعلى المال والذمة باقية .

نعم ، أذا كان الثمن مأخوذاً مصباً أوقيداً بطلت الحوالة ، لانه لامال بعد الفسخ .

أما اذا أخذ الثمن شرطـاً كان له الفسخ للحوالة باعتبار تخلف الشرط ، واذا أخذ داعياً ، أو لم يلحظ أصلا لم يكن وجه لبطلان الحوالة .

ومنه يعلم ، ان قول المستمسك : المال مأخوذ قيداً تارة وداعياً اخرى و غير ملحوظ ثالثة ، والتبعية تختص بالصورة الاولى لاغير وفيها أيضاً ، لاتبعية في الفسخ ـ انتهى .

يرد عليه أولا :انه لم يذكر الشرط والمصب مع انهما اعتبار ان يختلف الحكم حسبهما باعتباران العقود تتبع القصود .

وثانياً : ان التبعية ليست خاصة بصورة واحدة فقط .

وثالثاً : انه لابد من القول بالتبعية في الفسخ في القيد ، لان المقيد عدم عند عدم قيده .

ومماتقدم يظهر وجه التأمل في كلام الشرائع، حيث فصل بين الموضعين قـال : اذا احال المشترى البائع بالثمن ثم رد المبيع بالعيب السـابق بطلت الحوالة لانها تتبع البيع وفيه تردد ، أمـا لو أحال البائع اجنبيـاً بالثمن على المشتري ثم فسخ المشتري بالعيب ، أو بامرحادث لم تبطل الحوالة لانهاتعلقت بغير المتبايعين ـ انتهى .

اذ لافرق بين الصورتين ، سواء فيما أخذ الثمن مصباً أو قيداً ، أو شرطاً أو داعيـاً ، أو غير ملحوظ في الانفساخ في الاوليـن ، وعدمه في الاخيـرين ومراعي في الاوسط ، كما يظهر وجه التأمل في قول المحقق بعد ذلك ، ولو ثبت بطلان البيع ـ أي من أصله لا من الفسخ ـ بطلت الحوالة في الموضعين ـ انتهى .

اذ اللازم نفس ذلك التفصيل بين المصب والقيد وغيرهما هنا أيضاً ، ولا يقف أمـام هذا التفصيل الذي ذكرنـاه قول الجواهر في تعليل كلام الشرائع بقوله: لظهور عدم اشتغال ذمةالمحال عليه،وان قلنا بجواز الحوالة على البرىء فان الفرض ارادةالحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمته ، فهي حوالةعلى ما في ذمته لاعليه ـ انتهى.

اذ لماذا فرض كون الحوالة هنا مقيدة ، أو جعل الثمن مصباً ولم يفرض ذلك في الصورتين المتقدمتين ، مع ان عقد الحوالة يمكن تصوره على كل الانحاء الخمسة في كل فروض الشرائع الثلاثة .

نعم، هى تبع للبيع حيث انها واقعة على الثمن، وبهذا المعنى لا فرق بين الصورتين وربما يقال: ببطلانها ان قلنا انها استيفاء وتبقى ان قلنا انها اعتياض والاقوى البقاء، وان قلنا انها استيفاء لانها معاملة مستقلة لازمة لاتنفسخ بانفساخ البيع

(نعم، هي تبع للبيع حيث انها واقعة على الثمن ، وبهذا المعنى لافرق بين الصورتين) وان حاول المستمسك جعل الفرق بينهما بما ليس بفارق (وربما يقال) والقائل العلامة في القواعد والتذكرة (ببطلانها ان قلنا انها استيفاء وتبقى) الحوالة على حالها بعد الفسخ أيضاً (ان قلنا انها اعتياض) قال كما في الاولى بما لفظه: و لو احتال البائع ثم ردت السلعة بعيب سابق ، فان قلنا ان الحوالة استيفاء بطلت لانه نوع ارفاق ، فاذا بطل الاصل بطلت هيئة الارفاق ، كما لو اشترى بدراهم مكسرة فاعطاه صحاحاً ، ثم فسخ فانه يرجع بالصحاح ، وان قلنا انها اعتياض لم تبطل ، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيب فانه يرجع بالثمن لاالثوب .

(والاقوى البقاء) للحوالة (وان قلنا أنها استيفاء) بالمعنى الاعم ، و بذلك يظهر وجه النظر في قول السيد الجمال كون الدعوى المذكورة خروجاً عن الفرض ، ورجوعاً الى دعوى الاعتياض ظاهر (لانها معاملة مستقلة) فليس ايفاءاً مجرداً حتى تبطل الحوالة ببطلان البيع ، بل هي (لازمة لا تنفسخ بانفساخ البيع) بل ولو لم تكن الحوالة لازمة كان الامر كذلك، فقوله[لازمة] من باب بيان الحقيقة ، لامن باب توقف عدم البطلان عليه .

وليس حالها حال الوفاء بغير معاملة لازمة كما اذا اشترى شيئاً بدراهم مكسرة فدفع الى البائع الصحاح أو دفع بدلها شيئاً آخر وفاءاً ، حيث انه اذا انفسخ البيع يرجع اليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الاخر لا الدراهم المكسرة

(وليس حالها حال الوفاء بغير معاملة لازمة) حتى ترتبط بالبيع (كما) مثال [ليس] (اذا اشترى شيئاً بدراهم مكسرة فدفع الى البائع الصحاح أودفع بدلها شيئاً آخر وفاءاً) .

أقول : الشيء الاخر قد يكون بينه و بين الثمن نوع قريب كالحيوان المدرب والحيوان غير المدرب ، وقد يكون بينهما نوع بعيد كالشجر والحجر وكلاهما يصلح وفاءاً اذا لاحظ المالية دون الخصوصية ، فانه اذا لو حظت الخصوصية كان في كليهما اعتياض ، و اذا لو حظت المالية كان في كليهما وفاء ، فقول المستمسك : في كون ذلك من الوفاء اشكال ، لان الوفاء أرادها في الذمة والجنس الاخر اجنبي عما في الذمة فلا يكون اداءاً له .

نعم ، اذا كان الاختلاف بالصفات مثل الصحاح و المكسرة يمكن تنازل المشتري عن الوصف، فيدفع غير الموصوف كالصحيح بدل المكسور فيكون الوفاء بالنسبة الى الذات ، وهذا المعنى لايأتي مع اختلاف الذات ـ انتهى.

غير ظاهر الوجه ، اذ قد ظهر ان الاختلاف بقصدهما المالية ، أو مع الخصوصية ، ففي الاول يكون كلاهما وفاءاً ، و في الثاني يكون كلاهما اعتياضاً .

(حيث انه اذاانفسخ البيع يرجع اليه مادفع من الصحاح أوالشيء الاخر لا الدراهم المكسرة) التي وقع عليها البيع .

فان الوفاءِ بهذا النحو ليس معاملة لازمة بل يتبع البيع فى الانفساخ بخلاف ما نحن فيه ، حيث ان الحوالة عقد لازم وان كان نوعاً من الاستيفاء .

لايقال: بل اللازم ان يرجع اليه الدراهم المكسرة ، لان المعطي أعرض عن صفة الصحة عند اعطاء الصحيحة ، فالذى يطلب منه بعد الفسخ المكسرة فقط ، أي بدون صفة الصحة ، وكذلك اذا أعطاه دابة غير معلمة مكان الدابة المعلمة ورضى به المشتري ، لان الصفة سقطت بالاعراض .

لانه يقال : أولا ـ الفسخ يجعل البيع كان لم يكن فيرجع كل شيء الى صاحبه .

وثانياً ـ كان الاعراض مقيداً، فاذا ذهب القيد ذهب الاعراض .

ولايقال : انه كالابراء لايمكن الارجاع فيه .

لانه يقال: حيث كان القيد اعتباراً عقلائياً وانهم يرون الرجوع، حيث الفسخ لم يكن كالابراء، فان الشرع في المعاملات امضى العقلائيات الا ماستثنى ، وليس المقام من المستثني، اذ لادليل على الاستثناء .

(فان الوفاء بهذا النحو ليس معاملة لازمة بل يتبع البيع فى الانفساخ) فيرجع كل شيء الى حالة ماقبل البيع (بخلاف مانحن فيه) من الحوالة (حيث ان الحوالة عقد لازم، وان كان نوعاً من الاستيفاء) ثم اذا قبض المحتال المال ثم ظهر بطلان البيع رجع المحال عليه على المحتال بعين ماله ان كانت موجودة وببدلها ان كانت تالفة لقاعدة على اليد[1] وللمسألة فروع تظهر مماذكر.

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٢ الباب ١ من أبواب الوديعة الحديث ١٢ ـ انظر سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٥ ـ كنز العمال ج ٥ ص ٣١١ .

مسألة ـ ١٧ ـ اذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي فأحال دائنه عليه ليدفع اليه بما عنده فقبل المحتال والمحال عليه وجب عليه الدفع اليه، وان لم يكن من الحوالة المصطلحة، واذا لم يدفع له الرجوع على المحيل لبقاء شغل ذمته

(مسألة ـ ١٧ ـ اذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي فأحال دائنة عليه ليدفع اليه بما عنده فقبل المحتال) اذ يحق له ان لا يقبل، لانه مقتضى تسلطه على نفسه وماله (والمحال عليه) اذ يحق له ان لا يقبل لانه مكلف بدفعه الى المالك، لا الى من احاله عليه، فان جبره ان يدفعه الى المحتال خلاف سلطنته على نفسه.

(وجب عليه الدفع اليه) الظاهر ان قبول الوكيل الدفع الى المحتال لا يسقط سلطنته على نفسه، اذ القبول ليس عقداً لازم الوفاء فللوكيل بعد ان قبل ان يرجع من قبوله ويدفعه الى نفس المحيل، ولذا أشكل المستمسك في وجوب ذلك قال: وكما يمكن الفرار عن التصرف في المال بغير اذن مالكه بالدفع الى المحتال يمكن بارجاعه الى المالك.

نعم، اذا تعذر الدفع الى المالك حينئذ وجب الدفع الى المحتال لئلا يلزم التصرف في مال المالك بغير اذنه، وحينئذ لا يتوقف وجوب الدفع على قبوله الحوالة.

(وان لم يكن من الحوالة المصطلحة) لانه ليس انتقال الدين من ذمة الى ذمة.

(و) حينئذ (اذا لم يدفع) المحال عليه المال الى المحتال (له الرجوع على

ولو لم يتمكن من الاستيفاء منه ضمن الوكيل المحال عليه اذا كانت الخسارة الواردة عليه مستنداً اليه للغرور .

المحيل لبقاء شغل ذمته) بل له الرجوع، وان استعد المحال عليه الدفع، اذ قد تقدم ان القبول لايسبب اللزوم، لانه ليس بعقد لازم الوفاء .

(ولو لم يتمكن) المحتـال (من الاستيفاء منه) أي من المحيل ـ بعد ان احاله ـ (ضمن الوكيل المحال عليه) فللمحتال اجباره، وان لم يكن فالتقاص منه (اذا كانت الخسارة الواردة عليه) على المحتال (مستنداً اليه) الى المحال عليه (للغرور) فان المحال عليه، حيث قبل اعطاء المحتال المال، كان غاراً له، فانه اذا لم يكن قبل أجبر المحتال المحيل على الدفع ، فقبول الوكيل تغرير والمغرور يرجع الى من غر ، فهو مثل ماذا قبل المحال عليه وسافر أو مات المحيل مما أوجب تعذر الرجوع عليه .

وهذا هو الذي أيده غالب المعلقين بالسكوت على المتن كالسادة الوالد وابن العم والبروجردي وغيرهم ، وان أشكل عليه السيد الجمال بأن التشبث بقاعدة الغرور ضعيف غايته، وفيه ماتقدم، ولذا قال المستمسك: قاعدة الغرور شاملة للمقام ، ومجرد عدم وجوب الوفاء بالوعد والقبول لايمنع من صدق الغرور ، فان الغرور لم يكن مستنداً الى وجوب الوفاء ، بل مستنداً الى الثقة بالوفاء بالوعد ـ انتهى .

أما ماأشكل على المتن بعض المعلقين من الاغتشاش في هـذه المسألة ،

ففيه انها كسائر المسائل التي تختلف انظار الفقهاء فيها فلاترمى بالاغتشاش ، وانما باختلاف النظر، والله سبحانه العالم، والحمدلله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين .

قم المقدسة **محمد بن المهدى الحسينى الشيرازى**

المحتويات

كتاب الضمان

٥ ـ ٢٤٢

كتاب الحوالة

٢٤٣ ـ ٣٤٨